# Die Folgen
# mangelhafter Beschaffenheit
der
# Leistung an Zahlungsstatt.

**Inaugural-Dissertation**
zur
Erlangung der Doctorwürde
der
hohen rechts- u. staatswissenschaftl. Facultät
der
Kaiser-Wilhelms-Universität Strassburg
vorgelegt von

RUD. ERNST
aus Winterthur.

ZÜRICH,
Druck von Orell Füssli & Co.
1890.

# Die Folgen
# mangelhafter Beschaffenheit
der
# Leistung an Zahlungsstatt.

**Inaugural-Dissertation**

zur

Erlangung der Doctorwürde

der

hohen rechts- u. staatswissenschaftl. Facultät

der

Kaiser-Wilhelms-Universität Strassburg

vorgelegt von

RUD. ERNST
aus Winterthur.

ZÜRICH,
Druck von Orell Füssli & Co.
1890.

# Einleitung.

## § 1.

## Abgrenzung des Begriffs der Leistung an Zahlungsstatt.

Die Leistung an Zahlungsstatt ist von jeher in nähere Beziehung zu Kauf und Tausch gebracht worden; und in der Tat macht sich eine solche Verwandtschaft in den Erfordernissen und Wirkungen unseres Schuldtilgungsgeschäfts geltend. Indessen dürfte bis heute noch keine Einigung erzielt sein über die Grenze, welche zwischen jenen beiden Vertragsarten zu ziehen ist.

Die Glosse lehrte, die *datio in solutum* sei ein Kauf, wenn eine Speciessache an Stelle des geschuldeten Geldes geleistet werde, ein Tausch, wenn eine Speciessache eine andere Speciessache ersetze. Diese Ansicht blieb lange Zeit die herrschende [1]). In neuester Zeit noch hat sie namhafte Vertreter

[1]) Zu ihren Anhängern gehört namentlich auch CUJACIUS Observat. lib. XIX c. 38; ihm folgen im Allgemeinen die französischen Juristen; zwar anerkennen POTHIER, Traité sur la vente VII[e] partie, TROPLONG, De la vente Chap. I[er] N° 7, DURANTON, Cours de droit français liv. III tit. III art. VIII u. A. einige der *datio in solutum* anhaftende Besonderheiten. Indessen gelingt es ihnen nicht, einen prinzipiellen Unterschied zwischen derselben und dem Kauf mit verbundener Compensation zu finden; jene wäre hiernach einfach eine Unterart der *emptio venditio*. So denn auch noch die neueren französ. Schriftsteller; vgl. ZACHARIAE, französ. Civilrecht (Ausg v. DREYER) Bd. II § 309 n. 3a, § 318 n. 1 und die dort Citirten. Weitere Citate vgl. bei RÖMER, Leistung an Zahlungsstatt. Tübingen 1866, p. 42 ff.

gefunden, obschon sich dieselben zu wesentlichen Modificationen der alten Theorie veranlasst sahen. So erklärt SCHLIEMANN[2]) als Kauf die Leistung an Zahlungsstatt, bei welcher der Schuldner sich zur Hingabe des *aliud* verpflichtet hat. Ebenso bezeichnet BEKKER[3]) das Geschäft als einen „Quasikauf", um aus der so angedeuteten Verwandtschaft seine Schlüsse zu ziehen. Nach BECHMANN[4]) endlich hätten die römischen Juristen sich den empirischen Tatbestand der *datio in solutum* so zurecht gelegt, dass der Gläubiger die Sache um den dem Betrag der Forderung entsprechenden Preis kauft, damit er Preis und Forderung gegeneinander compensire, In Wirklichkeit sei allerdings die empirische Absicht anders beschaffen, weshalb mit den Consequenzen in der Kauftheorie auch nicht Ernst gemacht werde.

Allein der Compensationsvertrag, den alle diese Ansichten neben dem Kauf voraussetzen, besteht in einem gegenseitigen Erlass[5]) und ist daher ein von der *datio in solutum* verschiedener Schuldtilgungsgrund, steht derselben entgegen. Denn bei der letzteren wird nach dem unzweideutigen Zeugnis der Quellen, die Forderung durch die Leistung *ipso jure* aufgehoben[6]). Zwei derartige Solutionsverträge schliessen sich mit Notwendigkeit aus. Wo ein Kauf mit verbundener Aufrechnung nachgewiesen ist, kann es keine Leistung an Zahlungsstatt mehr geben. Eben deswegen konnten auch die Römer den Untergang der Forderung in Folge der Leistung eines *aliud* nicht als Compensation construiren. Wo eine Hingabe an Zahlungsstatt vorlag, durfte man auch nicht fictionsweise Erlass annehmen[7]).

---

[2]) Die Haftung des Cedenten p. 49 ff.

[3]) Jahrb. d. gem. R's. Bd. VI Nr. 8 Zur Lehre von der Evictionsleistung § 3 p. 240.

[4]) Der Kauf, Bd. II p. 557.

[5]) Vgl. WINDSCHEID Pand. § 351 Z. 2.

[6]) Vgl. z. B. *pr. J. quib mod obl. tol.* (3,29); Gaj. III, 168.

[7]) So auch RÖMER a. a. O. p. 28 ff.; vgl. auch p. 4 ff.

Mehr Schwierigkeit verursacht heute noch die Bestimmung des characteristischen Merkmals, an welchem sich practisch der Kauf gegenüber der *datio in solutum* erkennen lässt.

Nach Römer[8]) liegt ein Kauf nur da vor, wo das Schuldtilgungsgeschäft offensichtlich von der Hingabe des *aliud* getrennt ist, wo mit andern Worten neben der Absicht zu kaufen auch die Absicht zu compensiren besonders nachgewiesen werden kann. Dies soll beispielsweise der Fall sein in *fragm. Vat. § 9*[9]) und *l. 81 pr. D. de C. E. (18,1)*[10]), wo deshalb die Hingabe des *aliud* als *emptio venditio* aufgefasst werde. Indessen tun gerade die citirten Stellen des Compensationsvertrags nicht Erwähnung; der beiderseitige Schulderlass, welcher die Annahme eines Kaufs erst ermöglichen soll, ist aus den Quellenaussprüchen nicht nachzuweisen. Auch *l. 8 C. de sent. et interl. (7,45)*[11]), *l. 1 § 1 C. si ant. cred. (8,19)*[12]), *l. 16 § 9 D. de pign. (20,1)*[13]), wo überall die Leistung des *aliud pro debito* als Kauf bezeichnet wird, lassen sich nicht darüber aus, ob die Forderung in Folge der Hingabe der

---

[8]) A. a. O. p. 28 ff.

[9]) *Creditor a debitore pignus recte emit, sive in exordio contractus ita convenit, sive postea. Nec incerti pretii venditio videbitur, si convenerit, ut pecunia fenoris non soluta* ***creditor jure empti dominium retineat*** *etc.*

[10]) *Titius . . . dedit . . . fidejussorem Lucium, cui promisit . . . se eum liberaturum: quod si . . . solverit debitum fidejussor creditori, jussit* ***praedia empta esse*** *etc.*

[11]) *Libera quidem Theodora, quam* ***ex emptionis causa*** *vel in solutum* ***creditori traditam*** *proponis etc.*

[12]) *Cum autem* ***debitor*** *ipsi priori* ***creditori*** *eadem pignora in solutum dederit vel* ***vendiderit,*** *non magis tibi persecutio adempta est, quam si aliis easdem res debitor venumdedisset: sed ita persequens res obligatas audieris, si, quod eidem possessori propter praecedentis contractus auctoritatem debitum est, obtuleris.*

[13]) *Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si intra certum tempus* ***non sit soluta pecunia, jure emptoris possideat rem*** *etc.*

Sache oder der Aufrechnung untergegangen sei. Ja in einem Fragment heisst es sogar, die Obligation werde direct durch die Leistung des Verkäufers und also nicht durch ein besonderes Schuldtilgungsgeschäft aufgehoben.

*L. 44 D. de sol. (46,3)*, MARCIAN. lib. II° regul.

*In numerationibus aliquando evenit, ut* ***una numeratione duae obligationes tollantur uno momento:*** *veluti si quis pignus pro debito vendiderit creditori:* ***evenit enim, ut et ex vendito tollatur obligatio et debiti.*** *Item si pupillo, qui sine tutoris auctoritate mutuam pecuniam accepit, legatum a creditore fuerit sub ea conditione, si eam pecuniam [solvat: si eam pecuniam* (MOMS. *ins.)] numeraverit, in duas causas videri eum numerasse, etc.*

Man mag den Anfang der Stelle ganz wörtlich nehmen [14]) oder man mag die Schwierigkeit, welche diese Fassung der Stelle ergibt, umgehen, indem man einen Compensationsvertrag unterstellt, immer dürfte soviel sicher bleiben, dass es sich bei der Frage, ob Kauf oder *datio in solutum* vorliege, nicht lediglich um das Vorhandensein oder Fehlen des Compensationsvertrages handelt. Ein anderer Factor muss hier den Ausschlag geben; und dies kann nur die Parteiintention sein. War dieselbe auf Kauf gerichtet, so liegt nie eine *datio in solutum* vor, wie nur immer die nebenbei bewirkte Schuldtilgung zu erklären sein mag. Die Kaufabsicht ergibt sich nicht erst aus dem Nachweis der erfolgten Aufrechnung, sondern eher ist diese

---

[14]) U. E. liegt hier kein gewöhnlicher zweiseitiger Kauf vor, sondern ein einseitiger Schuldtilgungsvertrag, für den sich Analogien in der Lehre vom Darlehen (vgl. unt. n. 19) und von der *dos aestimata* finden (CZYHLARZ, röm. Dotalrecht 1870 p. 154 ff.). Indessen glauben wir bei einer Besprechung der *datio in solutum* nur soweit auf diese unseres Wissens nirgends erörterte Stelle eingehen zu können, als es die aufgeworfene Frage erfordert; und dann ist auch mit einer der Construction zu Liebe angenommenen Compensation vollständig auszukommen.

letztere schon auf Grund des *animus vendendi et emendi* zu subintellegiren [15]).

Die Parteiabsicht, nach welcher sich die beiden Verträge von einander unterscheiden, erheischt nun aber noch eine nähere Betrachtung.

1. Der Kauf wie der Tausch kennzeichnen sich durch den Selbstzweck des Güterumsatzes [16]). Soweit dieser also das Endziel der Leistung bildet, liegt keine *datio in solutum* vor, trotzdem neben der Austauschung der Sachen noch die Tilgung einer Forderung beabsichtigt ist. Es muss daher in einer grossen Zahl von Fällen, wo ein *aliud pro debito* geleistet wird, nicht sowohl eine Hingabe an Zahlungsstatt als vielmehr ein Kauf mit verbundenem Compensationsvertrag angenommen werden. Wann dies zu geschehen hat, d. h. wann der Umsatz Endzweck ist, lässt sich practisch leicht entscheiden, indem man sich die Frage vorlegt, ob der Umsatz des *debitum* gegen das *aliud* auch gewollt sei für den Fall, dass keine Forderung bestünde, und eine solche blos irrtümlich angenommen wäre.

Der Fabricant, welcher seine Arbeiter bezahlt, indem er ihnen Lebensmittel an Stelle des geschuldeten Lohns verabreicht [17]), leistet nicht an Zahlungsstatt, sondern verkauft; denn seine Absicht umzusetzen (d. h. den damit verbundenen

---

[15]) Einen ähnlichen Standpunkt nimmt im Allgemeinen auch die Gerichtspraxis ein. Vgl. z. B.: R.-O.-H.-G. Bd. V Nr. 100 (in SEUFFERT's Archiv Bd. XXVII Nr. 22).

[16]) Unter Umsatz verstehen wir einen wirtschaftlichen Austausch zweier Güter von verschiedenem Gebrauchswert. Bei dieser Art Geschäfte gibt, soweit diese auf der freien Willensübereinkunft der Parteien beruhen, ein jeder das von ihm geringer geschätzte Gut gegen das höher geschätzte hin. Es bedeutet dieser Vorgang daher für beide Teile eine Vermögensvermehrung. Vgl. näheres bei WAGNER, Grundlegung der Volkswirtschaftslehre p. 51 ff.

[17]) In Deutschland ist dieses sog. Trucksystem durch die Gew.-Ordg. § 115—119 verboten.

Gewinn zu machen) besteht auch unabhängig von dem Vorhandensein einer Lohnforderung. Andererseits will der Arbeiter die ihm notwendigen Subsistenzmittel einkaufen, ob ihm nun die fragliche Lohnforderung zustehe oder nicht.

Der Schuster, welcher seinem Lederlieferanten Schuhwerk an Stelle des Kaufpreises hingibt, verkauft das letztere; denn er will seine Waare absetzen unabhängig davon, ob er Schuldner ist oder nicht; und der Gläubiger muss sich die Fussbekleidung kaufen, ob ihm die Geldsumme geschuldet wurde oder nicht.

2. Ganz anders die Intention, welche der *datio in solutum* zu Grunde liegt. Zwar können die Contrahenten auch hier einen Umsatz des Leistungsobjects und des Schuldobjects beabsichtigen, weil ein jeder der aufgeopferten Sache geringern Gebrauchswert beilegt als der erlangten [18]; und deshalb heisst es in den Quellen, die Leistung an Zahlungsstatt sei dem Kaufe ähnlich. Allein jene Umsatzabsicht unterscheidet sich doch wesentlich vom *animus vendendi* oder *permutandi,* indem sie nicht die Ursache, die *causa* der Leistung bildet, sondern dem *animus solvendi* untergeordnet ist; die Schuldtilgung ist der Endzweck der Leistung. Nur bei Gelegenheit dieser *solutio* im weitern Sinne wird bisweilen ein Umsatz des *debitum* gegen das *aliud* beabsichtigt; derselbe ist aber auch nur insofern gewollt, als sich die *causa solvendi* verwirklichen lässt; er steht blos im Dienste des Leistungszweckes, wie sich Huschke in der Lehre vom Darlehen (Stuttgart 1882) treffend ausdrückt [19].

---

[18]) Der Gläubiger schätzt das *aliud* höher als das *debitum*, der Schuldner umgekehrt.

[19]) Auch beim Darlehen ist der Kauf mit verbundener Darlehensbegründung (l. 3 § 3 D. de S. C. Mac. [14,6]) . . . *qui credere non potuit magis ei venderet, ut ille rei pretium haberet in* ***mutui vicem***) wohl zu unterscheiden von der lediglich *credendi causa* vorgenommenen pro *mutuo datio* (l. 8 C. si cert. pet. (4,2); vgl. Huschke a. a. O. p. 21 ff.

Der Schuldner, welcher statt Getreides Geld hingibt, leistet hiernach an Zahlungsstatt, wenn er das *debitum* nur mit Rücksicht auf die Forderung umsetzen wollte, während er nicht gemeint war, auch abgesehen von seiner Schuld Getreide zu kaufen. Ebensowenig gedenkt der Gläubiger, welcher das Geld an Zahlungsstatt annimmt, seine Waare für den Fall zu verkaufen, wo ihm nichts geschuldet würde.

Der Spieler, welcher seine Uhr an Erfüllungsstatt hingibt, beabsichtigt zwar, dieselbe gegen das geschuldete Geld umzusetzen, will sie aber dennoch nicht auch abgesehen vom Bestande seiner Schuld veräussern. Andererseits kann der Gläubiger mit Rücksicht auf den gemachten Gewinn die Uhr um den Preis seiner Forderung erwerben wollen, ohne dass er deshalb einen derartigen Kauf gemacht hätte, wenn ihm der andere nichts schuldig geworden wäre.

Wie in diesen beiden Beispielen, so darf auch überall sonst *datio in solutum* nur da angenommen werden, wo der Umsatz des *debitum* gegen das *aliud* nur insofern gewollt ist, als der Solutionszweck der Leistung erreicht wird. Schon Donellus[20]) erkannte dies: „... *ut* ***principaliter*** *perveniatur ad hanc ipsam solutionem aliam rem dando necesse est* ***per consequentiam*** *contrahi emptionem.*“

Der so beschaffenen Willensrichtung der Parteien trägt das römische Recht Rechnung, indem es die bei der *solutio* ausgebildeten Grundsätze bezüglich der *condictio indebiti* auf die *datio in solutum* überträgt. Darin besteht auch der practisch wichtigste Unterschied vom Kauf. Der Umsatzvertrag wird der Parteiintention gemäss auch aufrecht erhalten für den Fall, dass keine Forderung besteht; nur die Aufrechnung wird unmöglich. Bei der Hingabe an Zahlungsstatt dagegen wird auch der Umsatz hinfällig, wenn der Endzweck der Leistung nicht ver-

---

[20]) *Comment. de jure civ.* lib. 16 c. 9 i. fi.

wirklicht werden kann. Dies statuirt *l. 26 § 4—6 D. de cond. ind. (12,6)* Ulpian lib. XXVI ad ed.

*Si centum debens, quasi ducenta deberem, fundum ducentorum solvi, competere repetitionem Marcellus libro vicensimo digestorum scribit et centum manere stipulationem: licet enim placuit rem pro pecunia solutam parere liberationem, tamen si ex falsa debiti quantitate majoris pretii res soluta est, non fit confusio partis rei cum pecunia (nemo enim invitus compellitur ad communionem), sed et condictio integrae rei manet et obligatio incorrupta: ager autem retinebitur, donec debita pecunia solvatur.*

*§ 5. Idem Marcellus ait, si pecuniam debens oleum dederit pluris pretii quasi plus debens, vel cum oleum deberet, oleum dederit quasi majorem modum debens, superfluum olei esse repetendum, non totum et ob hoc peremptam esse obligationem.*

*§ 6. Idem Marcellus adicit, si, cum fundi pars mihi deberetur, quasi totus deberetur aestimatione facta, solutio pecuniae solidi pretii fundi facta sit, repeti posse non totum pretium, sed partis indebitae pretium.*

Obschon hier nur ein Teil der Leistung jeweilen *indebite* gemacht wird, bestätigt die Stelle dennoch direct die Gewährung der Rückforderungsklage für den Fall, wo gar keine Schuld bestand, sobald wir den Betrag der als wirklich vorhanden angenommenen Obligation auf Null herabmindern[21]).

Indessen fasst der Jurist im § 4 einen Fall ins Auge, auf welchen das für die *solutio* geltende Recht nicht ohne Weiteres Anwendung findet. Derselbe mag in diesem Zusammenhange noch einer kurzen Prüfung unterworfen werden, weil die Ulpian'sche Entscheidung auch bei Fragen angeführt zu werden pflegt, zu welchen sie in gar keiner Beziehung steht, und weil sich uns hier die Gelegenheit bietet, den Sinn des Fragments ein für alle Mal festzustellen.

---

[21]) Römer a. a. O. p. 135.

Wäre im Beispiel des § 4 die Hälfte des *fundus* Schuldobject gewesen, und irrtümlicher Weise der ganze *fundus* als Erfüllung hingegeben worden, so könnte offenbar nur die geschuldete Hälfte desselben condicirt werden. Bei der Leistung an Zahlungsstatt hängt jedoch die Tilgung der Obligation im Gegensatz zur Erfüllung vom Consens beider Parteien ab; *aliud pro alio invito creditori solvi non potest*[22]. War man nun übereingekommen, jene Sache solle zur Tilgung einer ihrem Werte entsprechenden Forderung *in solutum* hingegeben werden, so folgt daraus noch nicht notwendig die Intention, eventuell auch blos eine bestimmte Quote des Leistungsobjects auf eine kleinere Schuld an Zahlungsstatt zu geben. Denn der, welcher die ganze Sache 200 schätzte, braucht deswegen nicht auch die Hälfte auf 100 anzuschlagen; um so weniger darf dies im vorliegenden Fall angenommen werden, als hier die ideelle Teilung des Schätzungsobjectes zu einer *communio* führen würde; denn diese hat gewöhnlich Nachteile an und für sich schon zur Folge, weshalb Niemand zu einer solchen gezwungen werden darf. Damit motivirt auch Ulpian seine Entscheidung.

Es darf also die Eingehung des Solutionsgeschäftes die Parteien nicht einmal bis zum Belauf der tatsächlich bestehenden Forderung binden, insofern ihre Zustimmung bezüglich der Teilleistung nicht präsumirt werden kann. Dies ist der Grund, weshalb sich jener *fundus sine causa* beim Gläubiger befindet, und mit der *condictio indebiti* zurückverlangt werden kann.

Das Gesagte wird bestätigt durch die in §§ 5 und 6 behandelten Fälle. Weil sich dort die Leistung, welche auf Übertragung von Geld, Oel oder andern Fungibilien ging, in reelle Teile zerlegen liess, ohne dass dadurch der Wert der entstandenen Quote eine Verminderung erlitt, wurde mit Recht

---

[22] L. 2. § 1, i. fi. D. de R. C. (12,1).

der Consens der Parteien für die Teilleistung vorausgesetzt. Nur was irrtümlich zu viel gegeben worden war, konnte condicirt werden, während die *datio in solutum* gültig blieb bis zur Höhe der tatsächlich existirenden Forderung.

Die *lex* 26 kann also die Art, in der wir den Begriff der Leistung an Zahlungsstatt abgegrenzt haben, nur rechtfertigen:

Die *datio in solutum* ist die mit Einwilligung des Gläubigers vorgenommene Leistung eines *aliud*, welche als Endzweck die Schuldtilgung verfolgt.

Bis hierher herrscht vollständige Einstimmigkeit zwischen den verschiedenen Quellenaussprüchen und auch in der Litteratur dürfte diese Definition darum keine Anfechtung erleiden.

Allein sobald man einen Schritt weiter geht, um sich zu fragen, unter welche Grundsätze der Vertrag im einzelnen gestellt werden müsse, sobald es sich mit andern Worten um die juristische Natur dieser Leistung an Zahlungsstatt handelt, so stösst man in den Quellen auf Widersprüche; und in der Lehre von den juristischen Mängeln treten dieselben offen zu Tage.

Ulpian und andere römische Juristen gewährten im Fall der Eviction der hingegebenen Sache dem Gläubiger die *actio empti utilis*. Hiergegen sind uns Aussprüche Marcian's und Anderer erhalten, welche den Entscheidungen Ulpian's und seiner Anhänger widersprechen. Sie verlangen eine fehlerlose Leistung und lassen die Forderung fortbestehen, soweit jene nicht beschafft wird.

Nun tritt uns zwar der Widerspruch der beiden Auffassungen in keinem andern Gebiete der Lehre von der *datio in solutum* mehr offen entgegen. Allein dies kann bei der kleinen Zahl von Quellenaussprüchen, die wir über das Geschäft besitzen, nicht auffallen. Es fehlt uns z. B. überhaupt jegliches directe Zeugnis über die Haftung für körperliche Mängel, über die Anfechtbarkeit der *datio in solutum* durch die *actio Pauliana*

u. s. w., also gerade über Fragen, in denen der angedeutete Gegensatz wieder hervortreten müsste.

Diesem Mangel an Quellenmaterial ist es zuzuschreiben, dass der Gegensatz der beiden Auffassungen nur in der Lehre von der Eviction hervortritt; und selbst hier hat man seit der Glosse versucht, jeden Widerspruch in Abrede zu stellen. Noch heute tun dies namhafte Juristen, wie RÖMER[23]) und WINDSCHEID[24]). Trotzdem bricht sich eine andere Auffassung in dieser alten Controverse allmälig Bahn, wenn wenigstens auf Grund der Ansichten BEKKER's[25]) und WITTE's[26]) ein solcher Schluss erlaubt ist.

ULPIAN betrachtete, so lehrt man nämlich neuerdings, die *datio in solutum* als einen Quasikauf[27]) und nach dieser Auffassung werde die Schuld durch das Geschäft selbst dann getilgt, wenn die Leistung mit Mängeln behaftet sei. Daraus erkläre sich die Gewährung der Evictionsklage. Überall nämlich, wo im römischen Rechte eine Sache gegen ein Äquivalent (hier die definitive Schuldtilgung) hingegeben werde, entstehe dem Empfänger der Billigkeit gemäss ein Anspruch auf die Prästation des *rem habere licere*. Derselbe sei vom Kauf, wo er sich zuerst ausgebildet, auf die *datio in solutum* ausgedehnt worden und sei daher mit einer *actio empti utilis* geltend zu machen[28]).

Nun könne der Leistung aber auch eine andere Auffassung zu Grunde gelegt werden, wonach sie einfach von der einen Seite *datio* einer nicht geschuldeten Sache, von der andern Seite Annahme derselben statt einer geschuldeten und damit

---

[23]) A. a. O. p. 54 ff.

[24]) Pand. § 342 n. 14.

[25]) A. a. O.

[26]) Krit. V. J. Schr., Bd. VIII. p. 482 ff.

[27]) BEKKER a. a. O.; gegen die Vorstellung, welche diese Bezeichnung hervorruft, ist das Nötige schon bemerkt.

[28]) WITTE a. a. O. p. 485—487.

Aufhebung der auf diese gehenden Forderung sei. Vom Standpunkt dieser Auffassung aus nun hinderten die juristischen Mängel der Sache die beabsichtigte Wirkung des Geschäfts überhaupt, sodass die ursprüngliche Schuld fortbestehe; wer also von dieser Auffassung ausgehe, dürfe den obigen Grundsatz über die Haftung des Leistenden nicht zur Anwendung bringen, weil es ja bei der Fortexistenz der nicht getilgten Forderung an einem Äquivalent für die hingegebene Sache fehle[29]). Bekker achtet hier das *in solutum* Gegebene der *credendi animo* vorgenommenen Leistung gleich[30]).

Der Gedanke, den die genannten Schriftsteller blos angedeutet, soll nun im Folgenden näher verfolgt werden.

---

[29]) Witte a. a. O. p. 487.

[30]) Es gibt ja allerdings auch eine Leistung an Zahlungsstatt *credendi causa*, d. h. behufs Begründung eines Darlehens (vgl. o. n. 19), aber nur für diese trifft die Bemerkung Bekker's genau zu. Hat man die Leistung an Erfüllungsstatt im Auge, so liegt die Analogie mit der *solutio* i. e. S. am nächsten. Jene wird man daher herbeiziehen müssen, obschon dies natürlich die Theorie Bekker's in ihrem practischen Resultat unberührt lässt, da die Lehre von den juristischen Mängeln beim Darlehen auf den gleichen Principien beruht, wie bei der Erfüllung.

# Erstes Capitel.

## Die Theorie Ulpian's.

§ 2.

### 1. Die juristische Auffassung der Leistung an Zahlungsstatt.

Die Ansicht Ulpian's über die juristische Natur der *datio in solutum* wird uns namentlich durch folgende beiden Quellenaussprüche gekennzeichnet:

*L. 4 § 31 D. de doli mali exc. (44,4),* Ulpian. lib. LXXVI ad ed.

*Auctoris autem dolus, sicut diximus, emptori non obicitur. sed hoc in emptore solo servabimus: item in eo, qui permutaverit vel* ***in solutum accepit: item in similibus, qui vicem emptorum continent.*** *ceterum si noxae deditus quis sit, Pomponius putat passurum exceptionem, quam ille pateretur, qui noxae dedit. proinde ex quacumque alia causa, quae prope lucrativam habet adquisitionem, quaesisse quis videatur, patietur exceptionem doli ex persona ejus, in cujus locum successit: sufficit enim, si is, qui* ***pretium dedit vel vice pretii,*** *cum sit bona fide emptor, ut non patiatur doli exceptionem ex persona auctoris, utique si ipse dolo caret. ceterum si ipse dolo non careat, pervenietur ad doli exceptionem et patietur de dolo suo exceptionem.*

*L. 15 D. quib. ex caus. i. p. e. (42,4)*, Ulpian. lib. VI fideicom.

*Is, qui rem permutatam accepit,* ***emptori similis est: item is, qui rem in solutum accepit*** *vel qui lite aestimata retinuit vel ex alia causa stipulationis* ***non ob liberalitatem est consecutus.***

In der ersten Stelle führt der Jurist den Gedanken näher aus, dass dem Erwerber einer Sache der *dolus* seines Auctor's nur dann schade, wenn er jene auf Grund einer *causa lucrativa* erlangt, dass ihm derselbe jedoch nicht entgegengehalten werden könne, wo er sie durch ein entgeltliches Geschäft erworben habe. Bei der nun folgenden Aufzählung von Beispielen der verschiedenen *causae* musste selbstverständlich die *solutio* fehlen, welche weder der einen noch der anderen Gruppe zugehört. Dagegen wird die *datio in solutum* ausdrücklich vor den anderen onerosen Geschäften hervorgehoben.

Zur Bestätigung dieser Auffassung treffen wir sie auch in l. 15 cit. unter den dem Kaufe ähnlichen *causae*. In welchem Zusammenhange Ulpian jene Stelle ursprünglich gebracht hat, ist nicht recht klar. Jedenfalls würde man mit Unrecht seine Worte direct auf die Evictionshaftung beziehen[1]; wird doch die Litisaestimation neben der *datio in solutum* auf gleiche Linie mit dem Kauf gestellt, während sie gerade in Bezug auf die Evictionswirkungen wesentlich von diesem verschieden ist. Man kann die Stelle auf den *concursus duarum causarum lucrativarum* beziehen[2], sie kann auch zur *missio in possessionem legatorum servandorum causa* in Beziehung stehen[3], worauf nicht blos der Titel des Werks, welchem das Fragment entnommen ist, sondern auch der Zusammenhang hindeutet, in welchem er im *corpus juris* auftritt. Sei dem wie ihm wolle,

---

[1] Was Witte a. a. O. p. 485 zu tun scheint.

[2] So Windscheid., Pand. § 342 n. 6 b.

[3] So Laspeyres im Arch. f. civ. Prax. Bd. XXI p. 73. Römer a. a. O. p. 150. Lenel, Palingenesia Bd. II p. 926. fr. 1901.

so bezieht sich jedenfalls die in der Stelle gebrachte Aufzählung auf eine Frage, wo die onerose Natur der Geschäfte in Betracht kam. Dies geht nicht allein aus der Zusammenstellung der angeführten Geschäfte im allgemeinen hervor, sondern ergibt sich noch ganz speciell aus dem letzten Gliede der ganzen Reihe, der Stipulation, welche nicht in liberaler Absicht abgeschlossen ist.

Indessen begründet Ulpian seine beiden Entscheidungen weder damit, dass die *datio in solutum* sich durch ihren Zweck von der Erfüllung unterscheide, noch betont er überhaupt deren onerose Natur, sondern sagt von ihr wie vom Tausch und den anderen Geschäften einfach: *„vicem emptionis continet“*, *„venditioni similis est“* u. drgl. Diese ebenso allgemeinen als unbestimmten Aussprüche gehören zur Gattung jener juristischen Begründungen, mittelst welcher die römische Jurisprudenz ihre Entscheidungen äusserlich zu rechtfertigen und mit den Grundsätzen des geltenden Rechts in Einklang zu bringen suchte, und sie sagen uns nichts darüber, warum und inwiefern die *datio in solutum* dem Kauf ähnlich ist.

Der innere Grund der Entscheidung Ulpian's ist indessen nicht schwer zu erraten und liegt darin, dass der Jurist die *datio in solutum* als einen entgeltlichen Vertrag auffasste. Hierauf beruht die einzige charakteristische Aehnlichkeit all der andern genannten Rechtsgeschäfte mit dem Kauf.

Es liegt nahe, daraus zu folgern, Ulpian betrachte die *datio in solutum* als reines Umsatzgeschäft; allein dies wäre gänzlich ungerechtfertigt, wie oft solches auch von den Anhängern der Glosse versucht worden ist. Denn wäre dies richtig, so könnte ja der Jurist nicht sagen, der Vertrag sei dem Kaufe blos ähnlich. Derselbe wäre vielmehr nach jener Annahme eine Unterart der *emptio venditio*, mit ihr also identisch. Der Satz: *„is qui in solutum accepit, vicem emptoris continet“* enthält keine Begriffsbestimmung, sondern einen blossen

Hinweis auf die juristische Natur des fraglichen Geschäfts, auf Grund dessen wir aber allerdings die allgemeinen Grundsätze ermitteln sollen und können, denen die Leistung an Zahlungsstatt unterstellt ist.

Wird beispielsweise gesagt, dem Erwerber einer Sache könne der *dolus auctoris* nicht entgegengehalten werden, wenn er dieselbe auf Grund einer Leistung an Zahlungsstatt oder eines Tausches erworben habe, weil diese beiden Verträge dem Kaufe ähnlich seien, so hat dann unzweifelhaft das für den Kauf geltende Recht gleicher Weise in vielen anderen Punkten auf unsere *solutio* im weiteren Sinne Anwendung gefunden, obgleich dies nicht direct für sie, wohl aber für andere entgeltliche Verträge wie den Tausch besonders ausgesprochen wird. Von diesem Gesichtspunkt aus lässt sich z. B. die Controverse entscheiden, ob die Leistung mit der *actio Pauliana* anfechtbar sei oder nicht. Wenn die Frage für Kauf und Tausch bejaht wird, so scheint es uns dem Sinn des Gesetzes entsprechend zu sein, hier die Entgeltlichkeit unseres Solutionsmodus auch zu Ungunsten des Gläubigers zu berücksichtigen, wie dies in l. 4 § 31 zu seinem Vorteil geschehen.

Indessen ist hier nicht der Ort für eine nähere Besprechung all jener Consequenzen. Nur eine bestimmte Categorie derselben bildet den Gegenstand unserer Erörterung: die Wirkungen der mangelhaften Leistung an Zahlungsstatt. Auch bezüglich dieser gilt der allgemeine Satz: die für den Kauf festgesetzten Bestimmungen finden analoge Anwendung auf die anderen onerosen Geschäfte. Die *datio in solutum* muss hiernach im Stande sein, Interesseansprüche zu erzeugen. Aus dieser Tatsache erklärt sich auch ein Ausspruch des Gajus, welcher offenbar die Anschauungen Ulpian's teilte. Der Jurist erörtert nämlich die Frage, ob das *S. C. Vellejanum* auch Platz greife, wenn eine Frau für Dritte eine Leistung an Zahlungsstatt contrahire; es wird dies verneint mit folgender Begründung:

*L. 5 D. ad S. C. Vell. (16,1.)* Gajus lib. IX ad ed. prov.

*Nec interest, pecuniam solvendi causa numeret an quamlibet suam rem in solutum det: nam et si vendiderit rem suam, sive pretium acceptum pro alio solvit sive emptorem delegavit creditori alieno, non puto senatus consulto locum esse.*

Schon die Gegenüberstellung der *solvendi causa* erfolgten Leistung und der *datio in solutum* (welche doch auch „*solvendi causa*" erfolgt) deutet darauf hin, dass letztere im Gegensatz zur Zahlung eventuell auf Erzeugung von Verpflichtungen gerichtet sein kann. Dieselben bleiben indessen nach der Meinung des Gajus für das Senatusconsult ausser Betracht, weil sie nicht notwendig, sondern blos unter gewissen Umständen zur Entstehung kommen. Ganz zweifellos scheint zwar die Sache dem Juristen nicht zu sein, weshalb er denn auch vorsichtig sagt: „*Non puto S. Co. locum esse*"; und nur wenn man die Bedenken, welche aus der Gewährung einer *actio empti* entstehen könnten, berücksichtigt, wird der Beweis verständlich, den Gajus für die Gleichstellung der Leistung an Zahlungsstatt mit der Erfüllung führt.

Statt der für die *solutio* gebrauchten Begründung: „*senatus obligatae mulieri succurrere voluit, non donanti*", werden hier Beispiele herangezogen, um die erhobenen Bedenken zu beseitigen: Das Senatusconsult greift auch nicht Platz, wenn die Frau das *aliud* an Dritte verkauft hat, und der Gläubiger den Preis, das *debitum*, ausbezahlt erhält. Was hat ein solcher Fall anderes mit der *datio in solutum* gemein als gewisse Interesseansprüche, welche eventuell gegen die Frau zur Entstehung kommen können?

Zwar wird gerade in der Lehre von der *Eviction* die Analogie des Kaufs mit den onerosen Geschäften nicht bis in's Einzelne durchgeführt. Allein solche Ausnahmen erklären sich jeweilen aus der Eigenart des betreffenden Geschäftes[4]).

---

[4]) Hieher gehört die Litisaestimation, wo berücksichtigt werden muss, dass sie nicht auf Grund freier Selbstbestimmung der beiden Parteien abgeschlossen wird.

Für die *datio in solutum, quæ vicem venditionis continet*, bestehen keine solchen Unterschiede vom Kauf, welche in den nun zu besprechenden Fragen eine Abweichung von der allgemeinen Regel bedingen könnten.

---

§ 3.

## 2. Die juristischen Mängel.

Ueber diesen Punkt äussert sich ULPIAN in

*l. 24 pr. D. de pign. act. (13,7)* ULPIAN. lib. XXX. ad ed.

*Eleganter apud me quaesitum est, si impetrasset creditor a Cæsare, ut pignus possideret idque evictum esset, an habeat contrariam pigneraticiam. et videtur finita esse pignoris obligatio et a contractu recessum. immo* ***utilis ex empto accommodata est, quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit,*** *ut in quantitatem debiti ei satisfiat vel in quantum ejus intersit, et compensationem habere potest creditor, si forte pigneraticia vel ex alia causa cum eo agetur.*

Der Jurist war gefragt worden, ob die *actio pigneraticia* [1]) auch anwendbar sei, wenn das Pfand erst nach dem Zuschlag evincirt werde. Dies wird verneint, da durch denselben die Pfandhaftung (*pignoris obligatio)* erloschen und man vom Contracte abgegangen sei *(et a contracta recessum).* Wollte man diese Worte mit DERNBURG [2]) auf den der Pfandforderung zu Grunde liegenden Vertrag beziehen, so würde die Antwort ULPIAN's schlecht auf die an ihn gerichtete Frage passen. Mit Recht bemerkt RÖMER [3]), dass hier entschieden werden solle,

[1]) In Wahrheit handelte es sich ursprünglich um die *actio fiduciæ*; erst die Compilatoren setzten überall an Stelle der „*fiducia*" das „*pignus*"; vgl. Lenel, Palingenesia Bd. II p. 618 fr. 903.

[2]) Pfandrecht Bd. II, p. 247.

[3]) A. a. O. p. 26.

ob die Pfandklage zulässig sei oder nicht. Wenn man also hier von einem Contract spreche, so müsse in *dubio* der Pfandvertrag gemeint sein, aus welchem die fragliche Klage entspringe. Es lässt sich jedoch aus dessen Aufhebung auf das Erlöschen der Hauptschuld schliessen. Es ist denn auch nicht weiter von derselben die Rede, trotzdem das zugeschlagene Pfand dem Gläubiger evincirt worden war. Zwar kann dieser auf den Betrag der ursprünglichen Forderung klagen, indessen nicht auf Grund der letzteren, sondern auf Grund des Pfandzuschlages mit der *actio empti utilis*. Welchen Sinn hätte dies, wenn er ausserdem seine alte Forderung noch geltend machen könnte? So spricht alles dafür, dass durch den Pfandzuschlag die Obligation definitiv getilgt wird, trotzdem der Gläubiger das Pfand nicht dem Rechte nach verschafft erhält. Hiervon lässt sich dann wiederum ein Schluss ziehen auf die *datio in solutum*.

Dieselbe weist von Hause aus schon eine grosse Aehnlichkeit mit der *impetratio dominii* auf, mit welch' letzterer sie Ulpian noch speziell vergleicht. Seine Parallele bezieht sich jedoch nicht auf die gesammte Ausführung der Stelle, sondern sie soll blos darauf hinweisen, wie neben dem Pfandzuschlag noch andere gleichartige Geschäfte eine *actio empti utilis* zu erzeugen im Stande sind, deren *Petita* selbstverständlich nicht immer dieselben zu sein brauchen. Es ist denn auch noch nicht behauptet worden, dass die l. 24 cit. dem Gläubiger im Fall der Eviction der an Zahlungsstatt geleisteten Sache ein Wahlrecht einräume, zwischen der Klage *„in quantitatem debiti“* und *„in quantum ejus interest“*. Die Interpretation Dernburg's geht sogar soweit, die Worte *„in quantitatem debiti“* ihrer Bedeutung zu berauben, durch Uebersetzung von *„vel“* mit „oder vielmehr“. Wir halten dies für gezwungen; immerhin muss zugegeben werden, dass die vorliegende Entscheidung für den Pfandzuschlag Härten in sich birgt. Aber sie bezieht

sich eben nur auf jenen, wie allgemein zugegeben wird; und dort lässt sich dann das *Petitum* noch allenfalls damit rechtfertigen, dass der Gläubiger durch die *mora* des Schuldners gezwungen worden sei, sich mittelst eines *aliud* zu befriedigen und daher auch stärkeren Rechtsschutz beanspruchen dürfe als bei einem freiwilligen Geschäfte, wo die Interessen beider Teile in gleich hohem Masse geschützt werden müssen.

Das letztere trifft für die *datio in solutum* zu. Dort konnte die Evictionsklage also nur auf das Interesse *„rem evictam non esse“* gerichtet sein, wie dies durchweg bei den Geschäften der Fall ist, welche sich auf den Consens der Parteien gründen und vor allen anderen auch beim Kauf. Dass unsere *actio empti utilis* der Kaufklage nachgebildet war, ergibt sich noch ganz besonders deutlich aus einem Rescript des Kaisers Caracalla

*l. 4 C. de evict. (8,44)* Imp. Antonin. A. Georgio.

*Si praedium tibi pro soluto datum aliis creditoribus fuerat obligatum, causa pignoris mutata non est. igitur si hoc jure fuerit evictum,* ***utilis tibi actio contra debitorem competit. nam ejusmodi contractus vicem venditionis obtinet.***

*P. P. XI K. Aug. duob. Aspr. cons. [a. 212.]*

„Wenn dir die hingegebene Sache evincirt wird, so hast du eine *actio utilis;* denn die *datio in solutum* vertritt die Stelle des Kauf's.“ Aus dieser Begründung kann man mit Sicherheit folgern, dass unter der *actio utilis* eine der *actio empti* analoge Interesseklage verstanden ist. Es zeigt sich von neuem, wie die Berufung auf die Aehnlichkeit unseres Vertrages mit der *emptio venditio* weniger dazu dient, eine einzelne Bestimmung des Gesetzes zu motiviren, als vielmehr die vereinzelt sich vorfindenden Vorschriften über die *datio in solutum* auf ein Prinzip zurückzuführen, aus welchem sich dann die Lücken des positiven Rechts ergänzen lassen. So

ist hier aus dem Satze *„datio in solutum vicem venditionis obtinet“* die ganze Theorie des Evictionsanspruches abzuleiten.

Erforderlich für die Entstehung der ***actio empti utilis*** ist demnach ausser einer gültigen Leistung an Zahlungsstatt blos irgend ein dem Empfänger erwachsener Schaden aus dem Rechte eines Dritten, welcher die fehlerfreie Tradition der Sache gehindert hatte. Eviction ist hier so wenig erforderlich als beim Kauf. Es haftet der Schuldner namentlich auch immer dann, wenn dem Empfänger zwar nichts entwehrt wurde, ihm dagegen irgend etwas entging in Folge der mangelhaften Rechtsverschaffung[4]).

Kläger ist der Gläubiger; Beklagter dagegen der, welcher die *datio in solutum* abgeschlossen hat und natürlich nicht mit dem Schuldner identisch zu sein braucht. Nur mit diesem hat der Empfänger contrahirt, nur gegen diesen kann er also auch die Vertragsklage anstellen.

Dies sind die Bestimmungen, durch welche die Ulpian'sche Auffassung die Ersetzung des *debitum* durch das *aliud* zu Gunsten der Gläubiger als ein der *emptio* analoges Geschäft aufrecht erhält. Geschieht dies aber auch gegen denselben, nach den für die *venditio* geltenden Rechtsregeln?

Schon vom formell rechtlichen Standpunkte aus ist die Bejahung dieser Frage unabweisbar. Denn wenn auf Grund einer mangelhaften *datio in solutum* eine Klage entsteht, so geschieht dies unter der notwendigen Voraussetzung, dass der abgeschlossene Contract gültig war. Ein nichtiges Geschäft hat keine rechtlichen Wirkungen. Wird der Vertrag aber aufrecht erhalten, so tilgt er auch die Forderung trotz aller juristischer Mängel und befreit mithin den Schuldner.

Diese Consequenz der Ulpian'schen Theorie wurde uns bereits durch l. 24 cit. bis zu einem gewissen Grade bestätigt[5])

---

[4]) Vgl. Windscheid, Pand. § 983. n. 8a—8d.

[5]) Vgl. oben p. 19.

und innere Gründe rechtfertigen dieselbe vollends. Die Leistung ist auf Tilgung einer Forderung durch materielle Befriedigung gerichtet. Soweit letztere nun bei einer mangelhaften Leistung vom Gesetz durch Gewährung von Interesseklagen angestrebt wird, kann logischer Weise gleichzeitig nicht auch der Anspruch auf materielle Befriedigung aus der ursprünglichen Forderung fortbestehen.

Dies leugnet zwar RÖMER[6]); allein die positiven Argumente, welche er beibringt, beweisen nichts. Er darf sich nicht auf l. 46 D. de sol. (46,3) stützen, welche (unserer Ansicht nach aus den soeben angeführten Gründen im Widerspruch zu l. 4 und l. 24 cit.) die Forderung fortbestehen lässt. An den Gegnern wäre es darzutun, dass zwischen den verschieden fallenden Entscheidungen jener Stellen ein Gegensatz nicht besteht. Hierfür erachten wir aber das Argument ANTON FABER's[7]), welches RÖMER[8]) wieder aufnimmt, als ungenügend. Man weist nämlich darauf hin, dass es sich um ein *in solutum dare* handle, und *dare* bedeute eine Sache dem andern dem Rechte nach verschaffen. Nun wird aber dieser Terminus keineswegs immer von der Eigentumsübertragung gebraucht; fast ebenso geläufig ist er den Quellen in der Bedeutung von blosser Tradition des Besitzes[9]), weshalb auch eine Leistung unter den Begriff der *datio in solutum* fällt, durch welche nach der Absicht der Parteien kein Eigentum an der Sache übertragen werden soll. Gegenüber der RÖMER'schen Theorie halten wir daher aufrecht, dass nach der Auffassung der betrachteten Quellenstellen die Forderung untergeht, sobald dem Gläubiger der wirtschaftliche Genuss der an Zahlungsstatt gegebenen Sache verschafft ist. So auch WITTE[10]) u. A.

[6]) Die Leistung an Zahlungsstatt p. 54.
[7]) *De erroribus Dec. C. error VII.*
[8]) A. a. O. p. 66 ff.
[9]) Vgl. BECHMANN, Kauf Bd. I § 73 p. 547.
[10]) A. a. O. p. 486.

§ 4.

## 3. Die Mängel der körperlichen Beschaffenheit.

Welche Wirkungen die Leistung an Zahlungsstatt einer mit Mängeln der körperlichen Beschaffenheit behafteten Sache zur Folge hat, wird in den Quellen, wie bereits bemerkt, nicht erörtert. Wir sind also hier auf die Schlussfolgerungen angewiesen, welche sich aus der bekannten juristischen Natur des Geschäfts, sowie aus der jedenfalls analogen Behandlung der juristischen Mängel ziehen lassen. Wie in der Lehre von der Eviction, so ist also auch hier von dem Satze auszugehen: *„datio in solutum vicem venditionis obtinet."*

Ergab sich aus demselben die Tilgung der Forderung, trotzdem die Leistung dem Gläubiger nachträglich wieder entwehrt worden war, so wird auch die Hingabe einer Sache, welcher *dicta* und *promissa* fehlen, den Untergang der Obligation herbeiführen können [1]).

Andererseits muss die *actio empti utilis*, durch welche der Gläubiger sein Evictionsinteresse ersetzt erhielt, nun auch hier gegeben werden, damit dem Geschädigten Ersatz für die fehlenden zugesagten Eigenschaften der Sache beschafft werde, und damit er, wenn ihm der Leistende Mängel *dolos* verheimlicht hatte, aufs volle Interesse oder auf Rescission der *datio in solutum* klagen könne.

Diese Wirkungen unseres Geschäfts, wie sie sich unmittelbar aus der Analogie mit dem Kauf ergeben, rechtfertigen sich ganz auf dieselbe Weise, wie die im vorigen besprochene Evictionsklage. Zweifel können sich erst erheben, wenn man in der Ziehung der Parallele zwischen den beiden Verträgen

[1]) Vgl. auch Römer a. a. O. p. 116.

noch einen Schritt weiter geht und auch die Vorschriften des aedilicischen Edictes gegen den Schuldner in Anwendung bringen will. Bekanntlich hatte man dieselben nur für den Kauf aufgestellt; sie waren dann später allerdings auch auf den Tausch in Anwendung gebracht worden. Ob die weitere Ausdehnung jedoch auf alle anderen onerosen Veräusserungen zulässig sei, wird nirgends positiv entschieden. Indessen sind keine Gründe ersichtlich, weshalb nicht mit der herrschenden Ansicht jene Bestimmungen verallgemeinert werden dürften. Jedenfalls steht dem der Ausspruch Ulpian's nicht entgegen: *„ad venditiones solas hoc edictum pertinere“* (l. 63 D. de aed. ed. [21,1]); l. 19. § 5. D. eod. (21,1) beweist, dass jene Einschränkung für den Tausch wenigstens durchbrochen wird mit folgender Begründung: *„Si quis permutaverit, dicendum est utrumque emptoris et venditoris loco haberi et utrumque posse ex hoc edicto experiri.“* Diese Worte erinnern an den Satz *„datio in solutum vicem venditionis obtinet“* und passen denn auch für die *datio in solutum* eben so gut wie für die *permutatio*[2]).

Durch die aedilicischen Edicte wird dem Gläubiger die *actio redhibitoria* auf Rescission des Vertrages und die *actio quanti minoris* auf entsprechende Herabminderung der schuldtilgenden Wirkung der Leistung[3]) zugestanden; und zwar kann der Gläubiger diese Ansprüche nach der Analogie des Kaufs nun auch in Folge heimlicher Mängel geltend machen, welche der Leistende selbst nicht gekannt hat.

Ob das Gesagte auch Anwendung findet auf die Leistung an Zahlungsstatt einer blos dem *genus* nach be-

---

[2]) So auch Römer a. a. O. p. 116 ff.

[3]) Und das selbst dann, wenn weder Forderung noch Leistung auf Geld gehen, da diese Klage ja auch beim Tausch zulässig ist. Vgl. Baehr im Arch. f. pract. Rechtswissenschaft, Bd. VII p. 70 ff.; dagegen Römer a. a. O. p. 118.

stimmten Sache, hängt von der Entscheidung der Streitfrage ab, ob die aedilicischen Edicte auch für Genuskäufe erlassen worden seien oder nicht. Verneint man dies mit der herrschenden Ansicht[4]), so erzeugt die mit einem körperlichen Mangel behaftete *datio in solutum* blos eine *actio empti utilis* auf eine richtige Leistung oder aufs Interesse.

---

§ 5.

## 4. Wirtschaftliche Grundlage.

Die *datio in solutum* ist eine lediglich *solvendi causa* vorgenommene Leistung. Hiermit scheint die Tatsache nicht wol vereinbar zu sein, dass das Geschäft eine Interesseklage, also Verbindlichkeiten erzeugt. Römer[1]) hat diesen Widerspruch zu beseitigen gesucht. Allerdings sei die Hingabe an Zahlungsstatt, so führt er aus, lediglich auf Schuldtilgung gerichtet und bleibe daher gleich der Erfüllung wirkungslos, so lange sie dem Gläubiger keine volle materielle Befriedigung verschafft habe mittelst definitiver Übertragung des vereinbarten Gegenstandes. Allein mit der Leistung zugleich gehe der Schuldner bei derartigen Geschäften eine Nebenverpflichtung ein, die Sache dem Rechte nach zu tradiren. Dieser „eigentümliche Realcontract“ werde durch die Leistung selber, *re*, geschlossen und habe nur die Bestimmung, die Erfüllung, resp. Hingabe an Zahlungsstatt, im Interesse des Empfängers zu sichern, sodass also die gleiche Leistung jenen Vertrag zur Entstehung kommen lässt und erfüllt. Nur habe das römische Recht demselben bei

---

[4]) Vgl. Windscheid Pand. § 394, Ziff. 5, namentlich n. 20—23. A. M. Dernburg Pand. Bd. II § 101 n. 22, Römer a. a. O. p. 119 ff.

[1]) A. a. O. p. 57 ff.

der *solutio* die Sanction verweigert[2]), und auch bei der *datio in solutum* sei der letzte Schritt nicht getan worden, indem der Schuldner nur das *rem habere licere* prästiren müsse.

Diese Construction der Evictionsverbindlichkeit hat nicht viel Beifall gefunden[3]), und jede andere Theorie, welche, wie dies so oft geschieht, von den Differenzen zwischen *datio in solutum* und *solutio* absieht, muss uns ebenfalls verdächtig erscheinen. Wie hätten die Römer das wichtigste Schuldtilgungsgeschäft bis zum Abschluss der Rechtsentwicklung vernachlässigen können, um bei den verhältnismässig seltenen Fällen der *solutio* im weiteren Sinne den Erfordernissen der Billigkeit schon zur Zeit des Gajus nachzukommen!

Wäre dies indessen noch denkbar, so ist weiter nicht einzusehen, warum auch bei der Hingabe an Zahlungsstatt das römische Recht auf halbem Wege stehen bleiben sollte und den Schuldner nicht zur Verschaffung des Rechts an der übertragenen Sache verpflichtete. Die ganze Theorie ist eben quellenwidrig, da Caracalla in l. 4. cit. mit dem *„ejusmodi contractus“* [4]) die *datio in solutum* meinte, was noch von niemanden in Zweifel gezogen wurde. Jener *„contractus“* und nicht eine stillschweigend übernommene, neben demselben hergehende Verpflichtung erzeugt nach dem kaiserlichen Rescript die *actio empti*. Da indessen ein Vertrag, der eine Interesseklage hervorbringt, nicht lediglich auf Schuldtilgung gerichtet sein kann (denn wie könnten sonst aus demselben Obligationen entstehen?), so muss er ausser der *solutio* noch einen anderen, wenn auch der ersteren untergeordneten Zweck haben, welchen Römer

---

[2]) Vgl. Römer, Beiträge zur Lehre von der Erfüllung der Obligation (1877) p. 15.

[3]) Vgl. namentlich Witte a. a. O. p. 484 ff. Windscheid Pand. § 342 n. 14.

[4]) Das Rescript begründet, wie wir gesehen haben, die Gewährung der *actio empti utilis* mit den Worten: *„nam ejusmodi contractus vicem venditionis obtinet“*.

übersah. Würde sich in der Tat die wirtschaftliche Seite der Leistung an Zahlungsstatt in jeder Beziehung mit derjenigen der Erfüllung decken, wäre also auch das Surrogat überhaupt nur auf Schuldtilgung durch materielle Befriedigung gerichtet, so könnte dasselbe so wenig wie die Zahlung zu den onerosen Geschäften gezählt werden. RÖMER gibt uns also für die Auffassung ULPIAN's keine Erklärung.

Wir erhalten auch keine befriedigende Antwort auf die Frage, warum das Geschäft *„contractus"* genannt werde in l. 4. cit.. RÖMER[5]) hilft sich zwar mit der Bemerkung, jene Bezeichnung passe auf jedes Rechtsgeschäft, ja sogar auf die Erfüllung. Allein weit näher liegt es doch, den Ausdruck mit der Gewährung des Interesseanspruches in Zusammenhang zu bringen und daher wörtlich von einer *obligationis contrahendae* und nicht *distrahendae causa* vorgenommenen Leistung zu deuten.

Trotz all der künstlichen Versuche, die onerose Natur der *datio in solutum* und ihre Verwandtschaft mit dem Kauf bezüglich der Lehre von den Mängeln in Abrede zu stellen, müssen wir uns also an diese im römischen Recht deutlich bezeugten Tatsachen halten. Ergibt sich uns erst eine Erklärung für die Grundauffassung des Geschäfts, so werden sich dann auch die uns im Besonderen beschäftigenden Fragen beantworten lassen.

Der juristische Begriff der *causa onerosa* stützt sich auf die wirtschaftliche Verkehrsform der Entgeltlichkeit[6]). Dieselbe besteht in der Gegenüberstellung zweier von einander verschiedener Güter, der Waare und des Preises[7]), behufs Austauschung derselben. Soweit beide Parteien frei verfügen können, gibt eine jede das von ihr geringer geschätzte Gut gegen das höher

---

[5]) A. a. O. p. 7.

[6]) Vgl. IHERING, Zweck im Recht p. 123 ff. 128—132.

[7]) Selbstverständlich im wirtschaftlichen Sinne; vgl. WAGNER a. a. O. § 44.

geschätzte hin. Man nennt diesen Vorgang, der den Wert der Güter durch ihren Umlauf zu steigern bestimmt ist, Umsatz. Alle Geschäfte, aber auch nur solche, welche auf den Erfolg dieses wirtschaftlichen Austausches gerichtet sind, gehören zu den entgeltlichen, juristisch zu den *causae onerosae*. Durch die Absicht des Umsatzes muss daher die *datio in solutum* Ulpian's characterisirt sein, wenn dieser Jurist das innere Wesen derselben nicht verkannt haben soll.

Man vermisst nun allerdings bei unserem Geschäft zwei Momente, welche bei einem Umsatz nicht fehlen zu dürfen scheinen. Geben nämlich bei demselben die Parteien, um ihrerseits wieder zu empfangen, geschieht die Leistung um der Gegenleistung willen, so wird das Recht ein solches Geschäft gewöhnlich in die Form des zweiseitigen Vertrages einkleiden, wie wir dies beim Kauf, Tausch etc. constatiren [8]).

Damit hängt ferner der „Ortswechsel" (Ihering), im Sinne von Auswechslung beider Tauschgüter zusammen, wie wir ihn ebenfalls bei den wichtigsten Typen dieser Gattung von Geschäften beobachten [9]).

Die *datio in solutum* aber ist unzweifelhaft einseitiger Natur, weshalb dort auch nicht beide Tauschgüter im eigentlichen Sinne vertauscht, d. h. ausgewechselt werden können. Dies ruft den Schein hervor, als ob es an einem Tauschaequivalent für die Leistung des Schuldners fehle und also mit Unrecht von einer onerosen *causa* gesprochen werde. Es ist jedoch zu bedenken, dass die Zweiseitigkeit und jener Ortswechsel blos eine häufige Erscheinung, ein *naturale* bei den Umsatzgeschäften sind, ohne für den Umsatz ein begrifflich notwendiges Erfordernis zu bilden. Es gehören zu jenem wirtschaftlichen Vorgang blos zwei in getrennten Vermögen befindliche Güter von verschiedenem Gebrauchswert, die dem wirtschaftlichen Erfolge nach zwischen

[8]) Ihering a. a. O. p. 129.
[9]) Ihering a. a. O. p. 131.

den beiden Contrahenten ausgetauscht werden. Diese Erfordernisse können bei der *datio in solutum* unzweifelhaft vorliegen.

Die Umsatzgüter sind das Schuld- und das Leistungsobject. Jenes gelangt aus dem Vermögen des Gläubigers in das des Schuldners, während dieses den umgekehrten Weg macht. Das *debitum* ist nämlich im Moment der Schuldtilgung *aes alienum* des Debitors, d. h. es war ihm bis jetzt blos noch anvertraut. Um es in sein actives Vermögen zu bringen, gibt er eine von ihm geringer geschätzte Sache hin. Das Geschuldete ist *aes suum* des Gläubigers; dieses opfert er auf, damit er dafür die an Zahlungsstatt gegebene Sache erlange, welche er höher veranschlagt. Die Parteien stellen hier also zwei Güter als Waare und Preis einander gegenüber, indem sie dieselben dem wirtschaftlichen Erfolge nach wenigstens vertauschen. Dies war in der Tat die Auffassung Ulpian's, wie aus seinen Aussprüchen hervorgeht. So legt er sich z. B. in l. 4 § 31 die Analogie der *datio in solutum* mit dem Kauf zurecht durch den Hinweis darauf, dass auch bei jenem Solutionsgeschäft der Leistende, wenn kein *pretium*, so doch etwas *vice pretii* erhalte, wie denn die Bezeichnung eines Leistungsgegenstandes als *pretium* überhaupt nur für ein Umsatzgeschäft passt.

Es gibt also nach der Auffassung unseres Juristen ein jeder einen Vermögensbestandteil auf, damit er eine Sache von höherem Wert als Entgelt in sein Vermögen erhalte. Wirtschaftlich ist dies ein Leisten für Gegenleistung: Entgeltlichkeit; juristisch ein oneroses Geschäft.

Im Gegensatz zu Kauf und Tausch handelt es sich hier jedoch, wie wir energisch betonen müssen, um einen Umsatz, der nur im Dienste der Schuldtilgung steht, d. h. nur insofern gewollt ist, als sich der Hauptzweck der Leistung verwirklichen lässt. Die Parteien geben ihre Zustimmung zur Ersetzung der

geschuldeten Sache, hätten aber nimmermehr eine einfache *venditio* oder *permutatio* des *debitum* gegen das *aliud* gewollt. Die *datio in solutum* ist also auf Ersetzung des Erfüllungsgegenstandes als solchen, d. h. in seiner Eigenschaft als Solutionsobject, gerichtet: nur wo die Umsatzabsicht dem Endzweck der Schuldtilgung untergeordnet ist, nur wo die Ersetzung einer Leistung durch die andere als blosses Mittel zu jenem Zwecke gewollt ist, nur da liegt eine *datio in solutum* vor.

Dies ist z. B. der Fall, wenn der Schuldner zwar das geschuldete Geld noch aufbringen kann, statt desselben indessen lieber einen Schmuck oder andere Luxusgegenstände leisten möchte, weil die Erfüllung für ihn eine Vermögensverminderung bedeutet, welche ihm den ferneren Besitz jener, zum Leben nicht notwendigen Sachen als überflüssig erscheinen lässt. Macht dann der Gläubiger die umgekehrte Schätzung, würde die Erfüllung für ihn eine geringere Vermögensvermehrung zur Folge haben, als die Leistung an Erfüllungsstatt, bewirkt also das Vorhandensein der zu tilgenden Obligation, dass er die geschuldete Summe niedriger anschlägt als den Schmuck, so wird auch er bereit sein, den letzteren an Zahlungsstatt anzunehmen.

Als Kauf wäre dieses Geschäft erst dann zu betrachten, wenn die Contrahenten ihre verschiedene Gebrauchswertschätzung der Güter, auch abgesehen von der durch die Erfüllung jetzt bewirkten Vermögensvermehrung resp. Verminderung vorgenommen hätten. Sie erklärten dann dadurch, den Umsatz auch unabhängig vom Bestande einer Forderung beabsichtigt zu haben.

Setzen wir weiter den Fall, es schulde einer dem anderen griechischen Wein und der Schuldner gebe italienischen an Zahlungsstatt, weil derselbe einerseits billiger ist und andererseits sich für die Zwecke des Gläubigers besser eignet, für ihn höheren Gebrauchswert hat, so liegt hier wiederum ein blos um der Erfüllung willen gewollter Umsatz vor.

Ganz ähnlich, wenn ich statt der zu leistenden älteren Ausgabe eines Schriftstellers meinem Gläubiger eine neuere hingebe, welche zugleich besser und billiger ist als die geforderte.

Ist in Beispielen dieser Art der Umsatz ganz zweifelsohne von den Parteien nicht gewollt, insofern eine Forderung blos irrtümlich angenommen war, und entspricht hier mithin die Anstellung der *condictio indebiti* gemäss der l. 26 § 4—6 cit. vollkommen dem Willen der Contrahenten, so ist andererseits eben so sicher, dass unter den obwaltenden Umständen der Umsatz der Grund ist, weswegen eine *datio in solutum* vorgenommen wird. Nicht der Endzweck der Leistung, der anderweit noch einfacher zu erreichen gewesen wäre, hat die Parteien veranlasst, von der Erfüllung abzugehen, sondern die wirtschaftliche Vertauschung des ungleich veranschlagten Schmuckes und Geldes, des italienischen und des griechischen Weines, der alten und der neuen Ausgabe. Der Umsatz bot genügenden Vorteil zum Abschluss des Contractes, bildete also den besonderen Zweck desselben. Dass die äussere Form des Umsatzes nicht die des Austausches, sondern die der Ersetzung ist, hat Ulpian nicht hindern können, die Verwandtschaft der *datio in solutum* und der *emptio venditio* nebst den daraus sich ergebenden Consequenzen anzuerkennen.

Beim Kauf hatte das römische Recht die Grundsätze entwickelt, welche für die Umsatzverträge den Bedürfnissen des Verkehrs entsprachen.

In der Lehre von den Mängeln war beim Kauf zuerst statuirt worden, dass der Umsatz auch aufrecht gehalten werden müsse, wenn die Leistung des Verkäufers evincirt worden sei oder wenn derselben körperliche Fehler anhafteten. Denn es lag im Interesse beider, namentlich aber der geschädigten Partei, die durch den Umsatz erzielte Erhöhung des Vermögens im Notfall wenigstens durch Interesseansprüche sicher zu stellen.

Wie auf alle andern „dem Kauf ähnlichen“ Verträge, so fanden die Prinzipien allmälig auch Anwendung auf die Hingabe an Zahlungsstatt, wo sie aus denselben Gründen wie beim Kauf als Bedürfnis des Verkehrs empfunden werden mussten.

Wo es galt, den Wert zweier Vermögen mittelst Ersetzung der geschuldeten Sache durch eine andere zu erhöhen, da war das Geschäft auch dann gewollt, wenn die Leistung des Schuldners an Mängeln litt und also an sich zur materiellen Befriedigung nicht genügte. Dies kann wenigstens für den Empfänger nie anders sein. Er erhielt darum eine Schadensersatzklage nach dem Vorbilde des Kaufs, so dass ihm nicht blos Befriedigung für sein Forderungsrecht, sondern auch der durch *datio in solutum* verfolgte Vorteil gesichert blieb. Aber die Aufrechterhaltung des vereinbarten Geschäftes musste *in dubio* auch im Interesse des Schuldners liegen. In Folge der Hingabe an Erfüllungsstatt nämlich war er nur zur Verschaffung des vollen wirtschaftlichen Genusses der geleisteten Sache und zur Ersetzung des allfälligen Schadens verpflichtet, welcher dem Gläubiger aus der mangelhaften Leistung erwuchs. Nicht nur war er also durch das Geschäft definitiv liberirt worden, sondern die mit dem Umsatz verbundenen Vorteile kamen ihm trotz der Fehler der Leistung zu gute, so lange überhaupt noch ein Teil des Hingegebenen dem Empfänger Nutzen brachte.

So lag die Tilgung der Schuld durch eine mangelhafte *datio in solutum* im Interesse beider Teile, weil mittelst der Kaufklage nicht blos die materielle Befriedigung des Gläubigers ermöglicht ward, sondern weil ferner die definitive Ersetzung des Schuldobjects durch das *aliud* oder dessen Geldwert den Parteien den Gewinn sicherte, welchen sie aus dem Geschäfte ziehen konnten.

# Zweites Capitel.

## Die Theorie Marcian's.

### § 6.

### 1. Die juristische Auffassung der Leistung an Zahlungsstatt.

Gewöhnlich wird gelehrt, die *datio in solutum* sei ein oneroser Vertrag, weil bei ihr eine Sache gegen ein Aequivalent hingegeben werde[1]). Man stützt sich dabei nicht mit Unrecht, wie wir gesehen haben, auf die Aussprüche Ulpian's und seiner Anhänger; und da in den Quellen nirgends direct gesagt ist, die Hingabe an Zahlungsstatt sei dem Kaufe nicht ähnlich, sei kein oneroser Vertrag, so schliesst man daraus auf die unbedingte Richtigkeit des Satzes: *„datio in solutum vicem venditionis obtinet"*.

Widerspricht aber derselbe dem Begriffe der *datio in solutum* nicht, so ist andererseits ebenso sicher, dass er sich daraus nicht mit Notwendigkeit ergibt. Denn wenn das *debitum* und das *aliud* als Aequivalente sich gegenüberstehen können, und sich dadurch die Analogie mit dem Kauf rechtfertigt, so

[1]) Römer, die Leistung an Zahlungsstatt p. 10. Huschke a. a. O. p. 22. Goldschmidt, Handelsrecht Bd. I p. 547 n. 3. 3 a. 6. Anschütz und v. Völderndorff, Commentar zum H.-G.-B. Bd. III p. 10 u. A.

ist hinwiederum die Aehnlichkeit einer *solvendi causa* vorgenommenen Leistung mit der Erfüllung eben so wenig in Abrede zu stellen. Sie folgt unmittelbar aus der Definition des Geschäfts. Deshalb darf es nicht auffallen, wenn in den Quellen nicht noch besonders auf die Verwandtschaft dieser *solutio* im weiteren Sinne mit der *solutio* im engeren Sinne hingewiesen wird. Sie macht sich von selbst da überall geltend, wo die Auffassung der *datio in solutum* als *causa onerosa* fehlt; und dass dies häufig der Fall ist, wird in diesem Capitel nachzuweisen sein.

Die Leistung an Erfüllungsstatt ist, soweit sie nicht den Zweck des Umsatzes verfolgt, begrifflich gleich der Erfüllung losgelöst von jeder materiellen *causa*, und weist in Folge dessen gleich der Erfüllung einen „abstracten Charakter" auf[2]); ob es sich darum handle, eine Verbindlichkeit aus einem Tausch, Schenkungsversprechen, Stipulation etc. aufzuheben, ist vollkommen gleichgültig. Sie ist nicht auf Umsatz durch Ersetzung einer Leistung durch eine andere, sondern nur auf Tilgung einer Verbindlichkeit gerichtet; sie bezweckt nicht die Erzeugung, sondern nur die Beseitigung von Rechten. Dadurch erlangt das Zahlungsgeschäft eine von der des Kaufs total verschiedene juristische Natur, welche in den Erfordernissen und Wirkungen des Vertrages zu Tage tritt.

So ergeben sich beispielsweise aus dieser Auffassung andere Grundsätze für die Wirkungen des *dolus auctoris*, für die Anfechtbarkeit des Geschäftes mittelst der *actio Pauliana* als aus der onerosen *datio in solutum*[3]). Unsere Ausführungen beschränken sich jedoch auf die Behandlung der Mängel der Leistung, wo der Gegensatz allein in den Quellen zum deutlichen Ausdruck gelangt.

---

[2]) Vgl. Bechmann a. a. O. Bd. I. § 77 p. 562.

[3]) Nicht so die herrschende Ansicht; vgl. Windscheid, Pand. § 463 n. 33 und die dort Citirten.

Aus dem Zweck der Schuldtilgung, welchen die *datio in solutum* nach der Auffassung, deren Consequenzen wir hier darzulegen versuchen, verfolgt, ergibt sich, dass dieses Geschäft nimmermehr Interesseklagen erzeugen kann, wie sie Ulpian gekannt hatte. War der Gläubiger in Folge einer mangelhaften Leistung nicht befriedigt, so konnte das römische Recht diesem Umstand nur Rechnung tragen, indem es die Forderung fortbestehen liess.

Also musste man dem Empfänger einer mit juristischen Mängeln behafteten Leistung an Zahlungsstatt die Klage aus der ursprünglichen Forderung zugestehen. Denn die *solvendi causa* vorgenommene Leistung, welche auf ein *rem dare* gerichtet war, gewährte dem Gläubiger keine materielle Befriedigung, wenn sie ihm blos das factische Haben der Sache verschaffte. Der Schuldner kann immer noch auf Erfüllung belangt werden, und kann seinerseits das wirkungslos Hingegebene condiciren. *„Non videntur data, quae eo tempore quo dentur accipientis non fiunt,“* sagen die Quellen[4]).

Die Solutionsleistung kann aber ganz ebenso in Folge von Mängeln ihrer körperlichen Beschaffenheit sich ausser Stande erweisen, die Tilgung der Obligation durch volle materielle Befriedigung des Gläubigers zu ermöglichen. Indessen ist hier zu unterscheiden, ob der Leistungsgegenstand *in genere* oder *in specie* bestimmt sei.

Generische Obligationen werden nur durch Hingabe fehlerloser Sachen getilgt. Jeder, auch ein sog. heimlicher Mangel macht die Leistung zu einem *aliud quam quod debetur*, welches sich zur *solutio* nicht mehr eignet[5]). Analog bleibt auch

---

[4]) L. 167 pr. D. de R. J. (50,17). Zahlreiche Stellen bestätigen diesen Satz bezüglich der *solutio* im engern Sinne; vgl. z. B. l. 20, 61, 69, 72 § 5 D. de sol. (46,3).

[5]) Vgl. Windscheid, Pand. § 394 n. 20 u. 21. Römer, Beiträge zur Lehre von der Erfüllung p. 21. fg., 35 fg.

die Leistung an Zahlungsstatt wirkungslos, wenn ihr Object nur dem *genus* nach bestimmt worden war und die gelieferte Sache einen Mangel in ihrer körperlichen Beschaffenheit aufwies.

Wie aber sollte es gehalten werden, wenn der Leistungsgegenstand eine individuell bezeichnete Sache war, welcher körperliche Mängel anhafteten? Die *datio in solutum* bildet keinen Bestandteil der ursprünglichen Forderung, weshalb auch jene Mängel nicht mit dem Rechtsmittel aus der zu tilgenden Obligation geltend gemacht werden konnten. Soweit die Abwesenheit der zu Tage getretenen Fehler vorher zugesagt worden war, ist das Zahlungssurrogat daher auch im vorliegenden Fall nicht im Stande, dem Gläubiger volle materielle Befriedigung zu verschaffen. Es hat seinen Zweck verfehlt und bleibt mithin unwirksam; die Schuld besteht fort und der Leistungsgegenstand, welcher in Folge dessen *sine causa* beim Empfänger ist, kann condicirt werden.

Zweifel möchte hier vielleicht nur die Frage erregen, ob das blose Vorhandensein sog. heimlicher Mängel die gleiche Bedeutung habe, wie das Fehlen eigentlicher *dicta* und *promissa;* ob mit andern Worten körperliche Mängel, deren Abwesenheit nach der Verkehrsanschauung auch ohne ausdrückliche Vereinbarung erwartet werden darf, die Solutionswirkung überhaupt hindern. Dass vom Standpunkt der *bona fides* aus diese Frage bejaht werden muss, ist freilich klar. Für den römischen Juristen war jedoch die *bona fides* noch keineswegs ein das gesammte Vertragsrecht beherrschendes Princip und die Fehlerlosigkeit der zu leistenden Speciessache galt ihm nicht ohne weiteres als stillschweigend bedungen. Es konnte folglich der heimliche Mangel des an Zahlungsstatt hingegebenen Gegenstandes dem Untergang der Forderung nicht entgegenstehen.

Dies sind die Ergebnisse, zu denen die Auffassung der *datio in solutum* als eines der *solutio* analogen Geschäftes

führt. Sehen wir zu, wie die Quellen sich zu unserer Darstellung verhalten. Finden sich Entscheidungen, welche das Erfüllungssurrogat nach den hier angedeuteten Grundsätzen regeln, so dürfte dadurch der Beweis erbracht sein, dass den Römern eine von derjenigen Ulpian's verschiedene Auffassung bekannt war.

---

## § 7.

## 2. Die juristischen Mängel.

Die wichtigste Belegstelle für unser Geschäft hat zum Urheber Marcian, einen Zeitgenossen Ulpian's. Derselbe schreibt lib. III° regul.:

*L. 46 pr. et § 1. D. de sol. (46,3).*

*Si quis aliam rem pro alia volenti solverit et evicta fuerit res, manet pristina obligatio. etsi pro parte fuerit evicta, tamen pro solido obligatio durat:* ***nam non accepisset re integra creditor, nisi pro solido ejus fieret.***

*§ 1. Sed et si duos fundos verbi gratia pro debito dederit, evicto altero fundo remanet integra obligatio.* ***tunc ergo res pro re soluta liberationem praestat, cum pro solido facta est suscipientis.***

Die Ansicht der Glosse bezüglich dieser Stelle ist heute ganz verlassen und bedarf daher kaum mehr der Widerlegung. Es wird dort behauptet, der Jurist habe lediglich Speciesschulden im Auge. Der Ausdruck *„res pro re soluta“*, auf den man sich stützt, bezieht sich jedoch ebensogut auf Geld wie auf andere Gegenstände; es geht dies schon aus dem im Verlaufe gebrauchten Ausdruck *„debitum“* hervor[1]).

---

[1]) Vgl. Weiteres bei Römer a. a. O. p. 51.

Ungenau ist auch die Interpretation DERNBURG's[2]). Darnach würde nämlich die Obligation nach erfolgter Tilgung wegen der Mängel der Leistung wieder aufleben, während die Wendung *„manet pristina obligatio“* deutlich besagt, die Forderung sei nie untergegangen und also die Leistung an Zahlungsstatt auch nicht gültig.

So werden denn auch heute die Worte MARCIAN's fast allgemein aufgefasst. Seine in dieser Stelle geäusserte Ansicht formulirt der Jurist im Schlusssatz kurz dahin, dass sich der Schuldner nur dann liberire, wenn er die Sache als ganze, dem Rechte nach übertragen habe. Schon hierin tritt unseres Erachtens die von MARCIAN vorausgesetzte Parteiintention zu Tage, welche im Gegensatz zur *datio in solutum quae vicem venditionis obtinet*, überhaupt auf nichts anderes als auf Schuldtilgung gerichtet ist. Deshalb muss die Leistung voll und ganz gemacht werden; denn leidet auch nur ein Teil derselben an einem juristischen Mangel, so übt auch der gültige Teil nicht die gewollte Wirkung aus, weil nach den für die *solutio* geltenden Grundsätzen der Gläubiger Teilleistungen nicht als materielle Befriedigung anzunehmen braucht.

Die Theorie MARCIAN's wird bestätigt durch ein Fragment[3]) von PAULUS

*l. 60 D. de sol.* (*46*,3). PAULUS lib. IV° ad Plaut.

*Is, qui alienum hominem in solutum dedit,* ***usucapto homine liberatur.***

*„In solutum dare“* bedeutet nicht blos „an Zahlungsstatt leisten“, sondern auch „erfüllen“, „als Zahlung hingeben“. (Vgl. l. 19 § 1 D. de R. C. (12,1).

---

[2]) Pfandrecht, Bd. II p. 246., Pand. Bd. II (2. Aufl.) § 58.

[3]) Dasselbe ist mit l. 33 *D. de mort. c. don. (39,6)* in Zusammenhang zu bringen; vgl. LENEL, Palingenesia, Bd. I p. 1151.

Es ist daher der Ausspruch des PAULUS nicht unter allen Umständen auf unsere Materie zu beziehen, und es scheinen auch die BASILIKEN denselben nicht von der *datio in solutum*, sondern von der Erfüllung zu verstehen[4]). Dennoch bleibt es naheliegend, die Worte des PAULUS wenigstens mit auf unseren Vortrag zu beziehen, wie dies durchweg geschieht. Alsdann bestätigen sie die Ausführungen MARCIAN's vollkommen. Die *liberatio*, von welcher hier die Rede ist, kann nur auf den Fortbestand der ursprünglichen Forderung, nicht aber auf die Evictionshaftung bezogen werden. Denn diese letztere hat, so lange der Gläubiger im vollen Usucapionsbesitz der Sache ist, noch gar keine Verbindlichkeit für den Leistenden erzeugt und dieser könnte mithin in diesem Sinne auch nicht befreit werden. Die zu tilgende Forderung besteht also nach l. 60 cit. noch fort; aber nur so lange, als der hingegebene fremde Sklave nicht usucapirt ist. Hierdurch weist PAULUS auf die Möglichkeit einer nachträglichen Convalescenz der *datio in solutum* hin. Es ist dies eine Ausnahme vom strengen Recht, welche auch in der Lehre von der *solutio* im engeren Sinne Platz greift. Sie hat zur Voraussetzung, dass der Gläubiger das Fehlende mit dem gleich günstigen Resultat für sein Vermögen erhalten habe, welches erreicht worden wäre durch eine von Anfang an gültige Leistung. Vgl. WINDSCHEID, Pand. § 343a.

Neben den Aussprüchen der römischen Jurisprudenz haben wir endlich auch hier die Entscheidung eines Kaisers in der viel umstrittenen

*l. 8 C. de sent. et interl. (7,45).* Impp. DIOCLET. et MAXIM. A. A. et C. C. LICINIO.

---

4) *Bas. XXVI 5 § 60. Ἐὰν ἀλλότριον δῶσο δοῦλον, καὶ διὰ χρήσεως κιριευθῇ ἐλευθεροῦμαι.* Nach RÖMER a. a. O. p. 41 würde indessen dem Verbum *διδόναι* die Bedeutung von „an Zahlungsstatt geben" zukommen.

*Libera quidem* Theodora, *quam ex emptionis causa vel* ***in solutum creditori traditam*** *proponis, pronuntiata citra provocationis auxilium sententia rescindi non potest.*

*§ 1. Verum si mota quaestione, praemissa denuntiatione ei, qui auctor hujus mulieris fuit, judicatum processit,* ***quanti tua interest, empti, si emisti, vel ob debitum reddendum, si in solutum data est, repetere non prohiberis.***

Bekanntlich galt im römischen Rechte die Bestimmung, dass die Verträge über einen freien Menschen, den die Contrahenten im entschuldbaren Irrtum für einen Sklaven hielten, gültig seien. Es entstand also, sobald es sich herausstellte, dass der Mensch frei war, für den Empfänger ein Anspruch auf's Erfüllungsinteresse, gerade wie wenn ihm das Geleistete evincirt worden wäre[5]). Daher können uns auch Fälle von der *datio in solutum* eines vermeintlichen Sklaven über die Wirkungen der Eviction der an Zahlungsstatt geleisteten Sache Aufschluss gewähren; und jedenfalls ist der Grund dafür, dass Diocletian dem Gläubiger die *actio empti* verweigert, nicht in der eigentümlichen Beschaffenheit des concreten Falls zu suchen, weil sonst ja dem Käufer gerade eben so die Klage auf's positive Vertragsinteresse hätte genommen werden müssen, während dieselbe ihm ausdrücklich zugestanden wird. Vielmehr ist mit Sicherheit anzunehmen, dass auf Grund der Theorie Ulpian's im vorliegenden Urteil beim Kauf und bei der *datio in solutum* auf den gleichen Anspruch hätte erkannt werden müssen. Nun heisst es aber: „In Folge der Freierklärung der vermeintlichen Sklavin Theodora kann der Gläubiger, dem dieselbe an Zahlungsstatt hingegeben worden war, gegen seinen Auctor *ob debitum reddendum repetere.*"

---

[5]) Vgl. Windscheid, Pandecten § 315 n. 5. Dagegen Ihering, Jahrb. für Dogm. Bd. IV p. 63 ff.

Die Bedeutung dieser Worte ist in neuerer Zeit streitig geworden. Brinz hat nämlich in seinen Pandecten[6]) die Ansicht aufgestellt, es sei hier weder von der Fortdauer der zu tilgenden Forderung noch von einer Ersatzklage, sondern von einem ganz neuen Rechtsmittel aus der Eviction der geleisteten Sache die Rede. Diese Klage sei ihrer Natur nach eine *condictio causa data causa non secuta* und gehe auf Wiederherstellung der durch die Leistung aufgehobenen Obligation[7]). Der Gläubiger habe eben letztere unter der Voraussetzung aufgegeben, dass ihm die Sache dem Rechte nach verschafft werde; dem sei nun aber im vorliegenden Falle nicht so gewesen.

Nach dieser Auslegung, welche allgemeinen Beifall fand,[8]) wäre also noch ein dritter Weg in der Regelung der uns beschäftigenden Fragen vom römischen Rechte eingeschlagen worden. Hierdurch verlöre die Ansicht Marcian's eine wichtige Stütze und die ganze Controverse erführe eine wesentliche Complication. Diese kann nun aber unserer Ansicht nach vermieden werden.

Mögen immer jene streitigen Worte, für sich allein betrachtet, die Brinz'sche Interpretation zulassen, so erheben sich gegen letztere umsomehr Bedenken, wenn man den Passus in Zusammenhang bringt mit den anderen Quellenaussprüchen über die *datio in solutum*. Hätte nämlich die Entscheidung wirklich den Sinn, der ihr zugeschrieben wird, so würde sie die Tilgung der Forderung auch bei mangelhafter Rechtsverschaffung voraussetzen und träte dadurch in directen Wider-

---

[6]) Zweite Aufl. Bd. II[1]. § 280 n. 12.

[7]) Vgl. über die Rückgängigmachung einer erfolgten Schuldtilgung beispielsweise l. 1 pr. D. de cond. s. c. (12,7) und Gradenwitz die Ungültigkeit der obligatorischen Rechtsgeschäfte, Berlin (1887), p. 120 n. 1.

[8]) Windscheid, Pand. § 342. n. 14. Bechmann, Kauf. Bd. II p. 557. Dernburg, Pand. Bd. II § 58; vgl. auch Pfandrecht Bd. II p. 246. n. 21.

spruch zu l. 46 und l. 60 cit.[9]), ohne in irgend einer andern Stelle den geringsten Anhalt zu finden. Ja sie wäre überhaupt unvereinbar mit der von den Römern sonst allgemein anerkannten Einseitigkeit der *datio in solutum*. Nur der nämlich kann *causa data causa non secuta* condiciren, der etwas hingegeben hat[10]); beim Gläubiger aber vermissen wir eine Leistung. Brinz freilich spricht bei der Hingabe an Zahlungsstatt von einem „Aufgeben" der Forderung seitens des Gläubigers, also von einem Erlassvertrag über dieselbe. Mit Recht durfte aber Römer[11]) eine solche Annahme als eine ganz willkürliche Subintellegirung eines zweiten Rechtsgeschäfts neben der *datio in solutum* bezeichnen. Die beiden Rechtsschulen stritten sich wohl, wie uns Gajus III, 168 berichtet, insofern über die Art der Schuldtilgung, als die einen den Untergang der Obligation in Folge der Leistung an Zahlungsstatt *ipso jure*, die anderen aber *ope exceptionis* eintreten liessen; dass aber noch in der classischen Periode irgendwie die Meinung geäussert wurde, die Schuld werde überhaupt nicht durch die Leistung aufgehoben, bleibt vollständig unerwiesen. Umsoweniger konnte man am Ende des dritten Jahrhunderts eine solche Ansicht haben. Wie wären ferner die Kaiser dazu gekommen, durch Schaffung eines so künstlichen Rechtsmittels wie jener Condiction einer Forderung, abzugehen von dem einfachen, einmal als möglich erkannten Wege, den die classischen Juristen vorgezeichnet hatten, um endlich zur Klage aus der ursprünglichen Forderung zu gelangen, welche sich aus der Construction Marcian's und Paulus' von selbst ergab!

Diesen Bedenken gegenüber können wir einer Interpretation nicht beipflichten, welche selbst von den meisten ihrer

---

[9]) Vgl. Römer a. a. O. p. 40.
[10]) Vgl. Puchta, Pand. § 308.
[11]) A. a. O. p. 53.

Anhänger als nicht erwiesen, sondern als eine blos wahrscheinliche hingestellt wird. Es sind vielmehr die Worte *„ob debitum reddendum repetere“* von der Geltendmachung der zu tilgenden Forderung zu verstehen, sobald nur eine derartige Auslegung überhaupt zulässig ist; und schwerlich dürfte letzteres mit Erfolg bestritten werden. Jene scheint uns sogar allein möglich zu sein. *„Debitum“* bedeutet nämlich nicht Forderungsrecht, sondern den aus demselben geschuldeten Gegenstand [12]), und dass die Kaiser Diocletian und Maximian *„reddere“* als Synonymum von *„solvere“* zu gebrauchen pflegten, ergibt neben anderen Beispielen l. 3. C. de *luit. pign.* (8,30), welche beginnt: *„Si reddita debiti quantitate etc.“* [13]). Es bleibt mithin nur noch das Wort *„repetere“*, welches auf die Rückforderung der Obligation hindeuten soll. Allein die Präposition *re* zeigt sehr oft die Wiederholung einer Tätigkeit an und findet hier leicht ihre Erklärung darin, dass der Gläubiger bereits schon einmal eine Klage angestellt hatte, auf welche die Antwort des Kaisers erfolgt war. Es wäre somit der Schluss der l. 8 cit. etwa zu übersetzen: „Du sollst nicht verhindert sein von neuem zu klagen und diesmal auf Leistung des Geschuldeten.“ Eine Stütze erhält diese Auslegung noch durch die Basiliken, welche jene Worte wiedergeben mit: *„ἢ τὸ χρέον αὐτοῦ ἀπαιτῆσαι“ (vel debitum exigere).*

Allein auch wenn wir die Ansicht von Brinz hätten adoptiren müssen, so wäre dadurch der Wert, den wir in einer anderen Hinsicht auf die Stelle legen, nicht geschmälert worden. Diocletian klärt uns nämlich in unzweideutiger Weise auf über die Stellung, welche er gegenüber der von Ulpian ver-

---

[12]) Vgl. Dirksen, *manuale s. verbo „debitum“* § 1 p. 246.

[13]) Weitere Beläge bei Dirksen a. a. O. s. *verbo „reddere“*, § 2, p. 818. (Gajus IV., 28; l. 17 pr. D. de us. (22,1); l. 21 D. de *tut. et rat.* (27,3), l. 89 § 2 D. de V. S. (50,16).

teidigten Auffassung der *datio in solutum* einnahm. Hätten die Verfasser der l. 8 cit. die *actio empti utilis* neben der ursprünglichen Schuldklage gelten lassen wollen, wie RÖMER [14]) behauptet, so durften sie die beiden Ansprüche niemals in einer Weise einander gegenüberstellen, wie dies durch die Worte geschieht: „Du kannst aufs Interesse klagen, wenn du gekauft hast, oder auf den Betrag der alten Schuld, wenn die Sache an Zahlungsstatt gegeben worden ist." Da die Kaiser die beiden Fälle so scharf auseinander hielten, so scheint uns deren Urteil ein unabweisbares Zeugnis zu sein für die Ausschliessung der Interesseklage auf Grund der *datio in solutum*. Wir müssen hierin einen directen quellenmässigen Beweis gegen die Ansicht derer finden, welche sämmtlichen Stellen des *corpus juris* über unser Geschäft dieselbe Auffassung zu Grunde legen, indem sie einen innern Widerspruch leugnen zwischen der Klage aufs Interesse und derjenigen auf das Forderungsobject. Die Bemerkungen, durch welche RÖMER den Spruch der l. 8 cit. abzuschwächen sucht, zeigen gerade, wie sehr er das Gewicht der Stelle fühlt. Der Rückgriff auf die ursprüngliche Forderung, sagt er, sei eben daraus zu erklären, dass der Kaiser den Anfragenden auf den im concreten Fall vorteilhafteren Anspruch aufmerksam machen wollte. Wie darf aber RÖMER bei einer solch beiläufigen Bemerkung über die zuständigen Klagen, auf die sich die Anfrage gar nicht bezog, voraussetzen, dass der Richter die auf jene Klagen bezüglichen Tatumstände genau genug gekannt habe, um dem Entschluss des Klägers vorgreifen zu können?

Auch erklärt RÖMER die Ausschliessung der Interesseklage nicht, sondern stellt diese Tatsache einfach in Abrede. Man dürfe, führt er aus, auf Grund eines Rescripts so scharf nicht argumentiren; ferner weise der Ausdruck *„repetere non*

[14]) A. a. O. p. 54 ff.

***prohiberis***" darauf hin, dass der Kaiser dem Gläubiger den Evictionsanspruch aus der *datio in solutum* nicht habe verweigern wollen. Diese Auslegung ist aber weder erwiesen, noch erklärt sie überhaupt die Wahl des fraglichen Ausdrucks. „Du sollst nicht verhindert sein, mit der und der Klage vorzugehen", heisst nicht, es stehe dem Kläger noch ein weiteres Rechtsmittel zu. Man muss, um den Schlusssatz unserer Stelle zu verstehen, die letztere in ihrem gesammten Wortlaut ins Auge fassen. Die Anfrage, auf welche die l. 8 antwortet, hatte nicht dahin gelautet, welche Ansprüche dem evincirten Gläubiger zustünden, sondern ob die Freierklärung der Sklavin rückgängig gemacht werden könne.

Dieser Punkt wird denn auch zunächst im verneinenden Sinne entschieden, und blos nebenbei machen die Kaiser den Kläger noch auf die Ansprüche aufmerksam, welche er (im Gegensatz zur Rescission des Urteils) „nicht verhindert sein soll" geltend zu machen: „. . . *sententia rescindi non potest, verum . . . ob debitum reddendum repetere* ***non prohiberis.***" Die l. 8 cit. bestätigt also das Ergebnis unserer bisherigen Ausführungen. Die Ansichten Marcian's und Ulpian's beruhten auf verschiedenen Grundauffassungen der *datio in solutum,* weshalb ihre Entscheidungen bezüglich der Evictionswirkungen mit einander unvereinbar sind. Daran würde es auch nichts ändern, wenn Ulpian in einer Stelle die Theorie seines Gegners vertreten hätte, wie gewöhnlich behauptet wird. Warum sollte er sich nicht selber einmal widersprochen oder auch mit vollem Bewusstsein den entgegengesetzten Standpunkt vertreten haben können? Er, der innerhalb 20 Jahren, während andauernder amtlicher Beschäftigung, an die dritthalb hundert Bücher veröffentlichte. Endlich wäre noch zu bedenken, dass es sich um eine Stelle handelt, in der er blos über die Ansicht eines anderen Juristen referirt. Allein das Fragment, welches man nun noch endlich gegen unsere Ansicht ins Feld führt, nötigt

uns zu solchen Erklärungen nicht, da es sich schon oben gezeigt hat, dass dasselbe zu der uns beschäftigenden Controverse in gar keiner Beziehung steht. Es ist nämlich die bereits [15]) erklärte:

*L. 26 § 4 D. de cond. ind. (12,6)* Ulpian. lib. XXVI ad ed.

*Si centum debens, quasi ducenta deberem, fundum ducentorum solvi, competere repetitionem Marcellus libro vicensimo digestorum scribit et centum manere stipulationem: licet enim placuit rem pro pecunia solutam parere liberationem, tamen si ex falsa debiti quantitate majoris pretii res soluta est, non fit confusio partis rei cum pecunia (nemo enim invitus compellitur ad communionem), sed et condictio integrae rei manet et obligatio incorrupta: ager autem retinebitur, donec debita pecunia solvatur.*

Der Verteidiger des Satzes: *„datio in solutum vicem venditionis obtinet“* lässt hier die Schuld von 100 fortdauern, nachdem im Irrtum über deren Höhe ein *fundus* im Werte von 200 an Zahlungsstatt geleistet worden war. Diese Entscheidung führt Römer [16]) (und ihm stimmen in ihren Pandectenlehrbüchern a. a. O. Brinz, Windscheid u. A. bei) folgendermassen auf die Ansicht Marcian's zurück.

Im vorliegenden Rechtsfalle sei dem Gläubiger volles und unbeschränktes Eigentum an der *in solutum* gegebenen Sache übertragen worden. Allein diese letztere könne ihm durch eine *actio in personam* wieder entrissen werden. Da hier der Jurist die Forderung fortdauern lasse, so könne der Grund dafür nur darin gefunden werden, dass die Sache zwar zu vollem Recht, nicht aber definitiv verschafft worden war. Gestehe nun Ulpian dem Gläubiger den Fortbestand der Obligation schon dann zu, wenn die geleistete Sache dem Empfänger durch

---

[15]) Vgl. ob. p. 8 ff.

[16]) A. a. O. p. 83 ff.

eine *actio in personam* wieder entzogen werden kann, wie viel mehr, folgert dann RÖMER, müsse er der Leistung ihre Wirksamkeit absprechen, wenn sie durch eine *actio in rem* evincirt worden ist. Der Verfasser der l. 16 cit. bekenne sich mithin zu der Ansicht MARCIAN's, indem sich seine Entscheidung unter folgendes Princip subsumiren lasse: „Der Schuldner wird durch die Leistung an Zahlungsstatt nicht befreit, wenn das an Zahlungsstatt Gegebene nicht in der Weise, in welcher es nach der Absicht der Parteien geschehen soll, in das Vermögen des Empfängers übergeht."

Auf diese Art werden also zwei ganz verschiedene Erscheinungen unter eine einheitlich gefasste Regel gebracht. Allein da sich die letztere nirgends weder direct noch indirect in den Quellen ausgesprochen findet, darf sich der von RÖMER unternommene Beweis auch nicht auf dieselbe stützen. Lässt es sich irgendwie mit einander vereinbaren, dass die Obligation im Fall der l. 26 cit. fortbesteht und im Fall einer Eviction untergeht, so berechtigt l. 26 cit. nicht zu der Annahme, ULPIAN habe in der Lehre von der mangelhaften Leistung an Zahlungsstatt auch die Ansicht MARCIAN's vertreten, welcher die Schuld fortdauern lässt. Jene ganze Argumentation leidet an dem logischen Fehler, sich auf ein geradezu erweisendes Princip zu stützen. ULPIAN aber lässt sich in Wirklichkeit keineswegs durch dasselbe leiten; denn die Obligation dauert nicht fort, weil die Sache zurückgefordert werden kann, sondern dieser Fortbestand der Schuld sowohl als die *condictio indebiti* haben dritte Umstände zur gemeinsamen Ursache, welche wir in der Einleitung einer näheren Betrachtung unterzogen.

§ 8.

## 3. Die Mängel der körperlichen Beschaffenheit.

Als weitere Consequenz der von uns vertretenen Auffassung der *datio in solutum* ergibt sich der Fortbestand der zu tilgenden Forderung, wenn der Leistung ein körperlicher Mangel anhaftet. Die herrschende Doctrin kennt eine solche Wirkung nicht. Sie beschäftigt sich ausschliesslich mit der Frage, ob die Ausdehnung der aedilicischen Edicte auf die *datio in solutum* zulässig sei oder nicht[1]). Dass ein Mangel, welcher die geleistete Sache unter Umständen total unbrauchbar macht, ebensogut den Untergang der Forderung hindern könnte, als ein vielleicht unschädlicher juristischer Fehler der Leistung, wird überhaupt nicht erwogen.

Zwar mangeln directe Quellenbelege zum Beweise unserer These. Immerhin lässt sich eine Entscheidung aus einer verwandten Materie verwerten. Die l. 46 cit. behandelt nämlich im Anschluss an die Besprechung der Eviction die rechtlichen Wirkungen der Leistung an Zahlungsstatt, welche in Folge eines *dolus* zu hoch angeschlagen wurde.

*L. 46 § 2 D. de sol. (46,3).*

*Sed et si quis* ***per dolum pluris aestimatum*** *fundum in solutum dederit,* ***non liberatur,*** *nisi id quod deest repleatur.*

Die Stelle spricht nicht mehr von der Eviction und doch haftet auch hier der *datio in solutum* ein Fehler an, welcher das Geschäft nichtig macht. Es ist deshalb auffallend, dass ein solches Quellenzeugnis in der Lehre von der fehlerhaften *datio in solutum* so gut wie gar nicht berücksichtigt worden ist. Römer[2]) hat zwar die Stelle behandelt; allein er bringt

[1]) Römer a. a. O. p. 116.
[2]) A. a. O. p. 35 ff.

dieselbe in einen ganz anderen Zusammenhang, nachdem er die materielle Unrichtigkeit der Entscheidung MARCIAN's darzutun versucht und auf Grund hiervon die Worte *„per dolum“* einfach gestrichen hat. Wir halten dies nicht für genügend gerechtfertigt; der Jurist tritt mit den in der Lehre vom *dolus* geltenden Prinzipien nicht in Widerspruch[3]).

Hält man sich an den Wortlaut der Stelle, so ergibt sich, dass der Ton auf dem *„per dolum pluris aestimatum“* liegt. Die Schuld bleibt bestehen, weil die an Zahlungsstatt gegebene Sache durch die Arglist des Debitors zu hoch angeschlagen wurde.

Fragen wir uns vorerst, um die der Entscheidung zu Grunde liegende Auffassung zu ermitteln, wie ULPIAN hier urteilen musste, so kann man darüber nicht im Zweifel sein: Die Analogie mit dem Kauf war ihm auch bei der dolos unrichtigen Schätzung der hingegebenen Sache massgebend. Der

---

[3]) RÖMER a. a. O. p. 141 fasst die Entscheidung so auf, als erkläre MARCIAN die *datio in solutum* für nichtig, lediglich mit Rücksicht auf den bei ihr mitunterlaufenden *dolus*. Da letzterer aber auf ein Geschäft einen solchen Einfluss nie ausüben, sondern dasselbe höchstens anfechtbar machen könne, stehe der Ausspruch des römischen Juristen mit den Principien des römischen Rechts in Widerspruch, sei also falsch. Schaut man indessen näher zu, so zeigt es sich, dass RÖMER selber die Stelle unrichtig versteht und MARCIAN die Forderung nicht wegen jener Arglist an sich fortdauern lässt. Würde er nämlich das Geschäft zur Strafe für den *dolus* seiner Wirkung berauben, so könnte die nichtige Leistung an Zahlungsstatt nicht nachträglich die Schuld noch tilgen, sobald nur das dem Gläubiger noch Fehlende nachgeleistet worden ist. — Ganz unhaltbar ist das Erfordernis, welches RÖMER für die mit Taxation verbundene *datio in solutum* (eine andere *datio in solutum* gibt es überhaupt nicht; vgl. FÖRSTER-ECCIUS, Preuss. Priv.-R. Bd. I p. 673; GOLDSCHMIDT, Handelsrecht § 61 n. 30 (gegen die Mitte), § 64 (2. Aufl.) p. 80 u. 81) aufstellt, indem er sich auf die citirte l. 46 § 2 stützt: der Wert des Leistungsgegenstandes muss der Taxe, zu der er hingegeben, entsprechen. Eine solche Behauptung entbehrt nicht blos aller Belege, sondern es ergibt sich (in Uebereinstimmung mit den Bedürfnissen des Verkehrs) aus l. 46 § 2 *per argumentum a contrario* gerade das Gegenteil.

hintergangene Käufer nun erhielt eine Klage auf Ersatz seines vollen Interesses, d. h. alles dessen, was er gehabt haben würde, wenn der beabsichtigte Erfolg des Geschäftes ohne *dolus* erreicht worden wäre. So entscheidet

*l. 13 § 4 D. de E. V. (19,1)*, Ulpian. lib. XXXII ad ed.

*Si venditor dolo fecerit, ut rem pluris venderet, puta de artificio mentitus est aut de peculio, empti eum judicio teneri, ut praestaret emptori, quanto pluris servum emisset, si ita peculiatus esset vel eo artificio instructus.*

Dementsprechend musste Ulpian im Falle der l. 46 § 2 cit. aus der *datio in solutum quae vicem venditionis obtinet* eine *actio empti utilis* hervorgehen lassen, damit der Gläubiger sein volles Interesse an der Abwesenheit des *dolus* geltend mache, während das gültige Solutionsgeschäft die Obligation aufhob.

Gleichwie nun aber Marcian im pr. und § 1 der l. 46 anders urtheilt als Ulpian, so fällt auch seine Entscheidung in § 2 seiner Auffassung der *datio in solutum* entsprechend verschieden aus. Er musste folgendermassen argumentiren.

Die *datio in solutum* ist lediglich und direct auf Aufhebung der Obligation gerichtet, mittelst materieller Befriedigung des Gläubigers, d. h. mittelst Erbringung einer Leistung vom Werte der geschuldeten. Dass letztere wirklich beschafft worden sei, ist dem Empfänger blos fälschlich vorgespiegelt worden, tatsächlich jedoch nicht geschehen. Erst muss das Fehlende nachgeleistet werden, damit die Hingabe an Erfüllungsstatt die Obligation aufhebe; daraus erklärt sich der Schlusssatz des § 2.

Allerdings scheint der Gläubiger wenigstens bis zu einer gewissen Höhe der Forderung befriedigt; indessen darf aus dem Willen, einen *fundus* vom Werte der Forderung an Zahlungsstatt anzunehmen, nicht auf die Einwilligung in die Leistung eines *fundus* von geringerem Werte geschlossen wer-

den. Denn abgesehen davon, dass es zu Teilleistungen *solvendi causa* der ausdrücklichen Genehmigung des Gläubigers bedarf, braucht letzterer ein Grundstück von geringerem Wert als seine Forderung und daneben noch die Erfüllungsleistung auf den Rest der Schuld nicht zu wollen, weil er sich bereit erklärt hatte, ein *aliud* vom Werte des ***debitum*** an Zahlungsstatt anzunehmen[4])! Führt doch die ganze Stelle vom *principium* bis zum Schlussparagraph als Grundgedanken näher aus, dass die Hingabe an Zahlungsstatt, welche blos teilweise mit einem Mangel behaftet sei, auch mit Rücksicht auf ihren fehlerlosen Teil keine materielle Befriedigung beschaffen könne und daher ganz ohne die beabsichtigte Wirkung bleibe. Zunächst wird der Grundsatz *„tunc res pro re soluta liberationem praestat, cum pro solido facta est suscipientis“* für die juristischen Mängel an Beispielen demonstrirt; daran anknüpfend durch *„sed et si“* geht der Jurist auf andere Fehler über, welche den Wert der Leistung schmälern und dadurch aus dem angegebenen Grunde die materielle Befriedigung überhaupt verhindern[5]).

Damit dürfte dargetan sein, dass sich die Entscheidung der l. 46 § 2 cit. consequent aus der Grundauffassung, die wir Marcian zuschreiben, ergibt. Vielleicht lassen sich nun aber aus ihr Folgerungen auch für die Bedeutung ableiten, die Marcian den etwa vorhandenen körperlichen Mängeln der an Zahlungsstatt gegebenen Sache beigelegt haben wird. Der *dolus* des Gebers musste zwar nicht, konnte aber jedenfalls

---

[4]) Vgl. die ähnlichen Erwägungen bei Anlass der l. 26 § 4 D. de cond. ind. (12,6) oben p. 9 ff.

[5]) Dieser ganze Zusammenhang ist der Grund, weshalb Marcian die dem Gläubiger unzweifelhaft noch zustehende *actio doli* auf Ersatz des Schadens aus der Arglist der Gegenpartei nicht berührt, während sie wohl nicht unerwähnt gelassen werden durfte, wenn es sich um die besonderen Wirkungen des *dolus* handelte.

liegen in der Verheimlichung von Mängeln oder in der Vorspiegelung von guten Eigenschaften, welche den Wert eines Gutes beeinflussen [6]). Derartigen betrügerischen Umtrieben stellt das römische Recht die ausdrückliche Zusage von Vorzügen oder von der Abwesenheit gewisser Mängel gleich [7]). Es bleibt folglich nach l. 46 § 2 cit. die Forderung auch dann bestehen, wenn die sog. *dicta* und *promissa* der Leistung fehlen.

Die sog. heimlichen Mängel der Leistung an Zahlungsstatt dagegen dürften nach MARCIAN's Ansicht den Untergang der Forderung nicht gehindert haben. Dies lässt sich ebenfalls aus unserer Stelle deduciren. Wird nämlich eine Sache in Uebersehung gewisser Mängel, also *bona fide,* zu hoch geschätzt, so folgt aus den Worten *„per dolum" per argumentum a contrario,* dass das Geschäft dennoch vollwirksam ist, vollwirksam also auch dann, wenn der geleisteten Sache heimliche Mängel ankleben.

Doch muss dies im Sinn MARCIAN's wol auf den Fall beschränkt werden, wo die an Zahlungsstatt zu gebende Sache individuell bestimmt war. War sie blos *in genere* bestimmt, so kommt in Betracht, dass auch ein heimlicher Mangel den Gegenstand zu einem *aliud* macht, welches den Verabredungen der Parteien nicht entspricht und daher auch die Obligation nicht aufheben kann.

MARCIAN bestätigt hiernach in jeder Beziehung die aus unserer Auffassung der *datio in solutum* gezogenen Consequenzen und damit den von uns eingenommenen Standpunkt im Allgemeinen.

---

[6]) Vgl. l. 13 § 4 D. cit. (19,1) und GOLDSCHMIDT, Handelsrecht (II. Aufl.), § 64 b. n. 12.

[7]) L. 13 § 3 D. de E. V. (19,1) mit MOMMSEN's Ergänzung. Vgl. auch ECK, die Verpflichtung des Verkäufers p. 27.

§ 9.

## 4. Wirtschaftliche Grundlage.

Der Ulpian'sche Satz: *„datio in solutum vicem venditionis obtinet“* gründet sich auf eine bestimmte Auffassung der Parteiintention, eine Auffassung, die, wie wir gesehen haben, in vielen Fällen der *datio in solutum* durchaus berechtigt ist.

Mit ihm steht aber die Ansicht Marcian's über die juristische Structur der *datio in solutum* in directem Widerspruch. Hat nun auch dieser Jurist bei seiner Entscheidung den Bedürfnissen des practischen Lebens Rechnung getragen, so muss es eine Art der Hingabe an Zahlungsstatt geben, welche sich wirtschaftlich von der auf Umsatz gerichteten in dem Masse unterscheidet, in welchem die Theorien der römischen Jurisprudenz von einander abwichen.

Darauf deutet denn auch die positive Versicherung Marcian's hin, dass die practischen Consequenzen seiner Theorie im Willen des Gläubigers ihren tiefern Grund haben. Um so sprechen zu können, musste doch der Jurist concrete Fälle im Auge gehabt haben, für welche die Regeln Ulpian's nicht zweckmässig waren. Wie aber waren jene Fälle beschaffen?

Der Umsatz des *debitum* gegen das *aliud*, welcher der *datio in solutum* ihre onerose Natur verlieh, braucht nicht notwendig der Grund zu sein, weshalb die Parteien von der *solutio ejus quod debetur* abstanden. Es ist folglich auch die Behandlung des Zahlungssurrogates als *causa onerosa* nicht unter allen Umständen mit Rücksicht auf die Parteiintention geboten. Denn wenn die Leistung des *aliud* die Obligation deshalb tilgt, weil sie die materielle Befriedigung des Gläubigers in sich enthält, so kann ihr Vorzug einmal darin liegen, dass sie dem Empfänger überhaupt noch Befriedigung verschafft, oder dann darin, wie diese Beschaffung geschieht.

1. Die *datio in solutum* ermöglicht die materielle Befriedigung des Gläubigers. Der Schuldner kann sich nämlich in einer Vermögenslage befinden, die ihn gar nicht mehr in den Stand setzt, seinen Gläubiger durch Leistung des Geschuldeten zu befriedigen. Darum ist indessen noch nicht gesagt, dass dies nun durch Leistung eines *aliud* auch nicht mehr möglich sei. Wir können dies an einem bereits gebrauchten Beispiele verdeutlichen.

Der Schuldner, der das geschuldete Geld nicht mehr bezahlen kann, gibt seine Schmuckgegenstände aus Not behufs Schuldtilgung hin, obschon er diese Verminderung seines Vermögens weit mehr empfindet und bedeutend höher anschlägt, als dies unter denselben Verhältnissen bei der Verminderung um das *debitum* der Fall gewesen wäre. Der Gläubiger seinerseits nimmt, um auch nur etwas zu bekommen, die von ihm geringer aestimirten Dinge an Stelle des Geldes. Er beabsichtigt durch diese Ersetzung lediglich materielle Befriedigung zu erlangen und würde überhaupt nicht in die Leistung an Zahlungsstatt seine Einwilligung gegeben haben, wenn er die Insolvenz des Schuldners nicht hätte befürchten müssen.

Hier wo ein jeder das aufgeopferte Gut höher schätzt als das erlangte, wird nicht mehr behauptet werden können, die *datio in solutum* sei auf Umsatz gerichtet und bezwecke also die Ersetzung zweier Güter durcheinander behufs Werterhöhung derselben. Den einzigen Grund, aus welchem der Erfüllung eine andere Leistung vorgezogen wird, muss jedermann in der Ermöglichung der materiellen Befriedigung finden. Auf letztere lediglich zielt daher die *datio in solutum* so gut wie die *solutio* ab.

2. Die *datio in solutum* erleichtert die Beschaffung der materiellen Befriedigung. Dies ist in der verschiedensten Weise denkbar. Jede Leistung hat nämlich, ausser der beabsichtigten Vermehrung resp. Verminderung der

in Betracht kommenden Vermögen um das Leistungsobject noch eine Verminderung derselben um den zur Uebertragung des Guts erforderlichen Aufwand im Gefolge. Frachtkosten, Havarien, Kosten der Correspondenz, Assecuranzen, Provisionen und Commissionsgebühren, Courtagen, Waaggelder, Kosten der Emballagen, Lagergelder etc. sind die öconomischen Opfer, deren jede Leistung bis zu einem gewissen Grade welche erfordert [1]). Ohne je ganz zu fehlen, sind sie doch in den verschiedenen Fällen äusserst ungleich; deshalb kann in dieser Beziehung die eine Leistung den Parteien Vorteil bringen vor der andern und in der Ersparnis an „Spesen" ein genügender Grund zur Vornahme einer *datio in solutum* liegen.

Deswegen werden beispielsweise heute grössere Geldschulden verhältnismässig selten mehr mittelst gemünzten Währungsmetalles getilgt. Gewöhnlich ziehen die Parteien demselben Banknoten oder andere Geldpapiere vor. M. 1000 in Noten werden schneller gezählt, schneller ausgezahlt als in Thalerstücken; sie sind leichter transportirbar, besser und billiger zu verpacken, nehmen weniger Raum in Anspruch etc. als Metallgeld [2]).

Wenn nun auch zweifelsohne jene auf Ersparnis gerichtete *datio in solutum* bei den Römern nicht entfernt die Rolle spielte wie heute, so mochte sie dennoch im Handel nicht ungebräuchlich sein. Musste es doch dem Schuldner in sehr vielen Fällen nahe liegen, statt einer schwer transportirbaren Waare ein leichter fortzuschaffendes Gut von gleichem Marktwert zu leisten, wenn es dem Gläubiger nicht gerade darauf ankam, in welcher Form die materielle Befriedigung erbracht werde.

Auch da wo die mit der *datio in solutum* verbundene Ersparnis an Arbeit die Veranlassung zur Vornahme des Geschäfts bildet, deckt sich die *causa* der *solutio* im weiteren Sinne vollkommen mit derjenigen der *solutio* im engeren

[1]) Vgl. Menger, Grundsätze d. Volkswirtschaftslehre. Wien 1871 p. 170.
[2]) Vgl. Thöl, Handelsrecht § 316.

Sinne. Weit entfernt davon, dem Schuldobject ein Gut von anderem Gebrauchswert gegenüber zu stellen, sind die Parteien wie bei der aus Not vorgenommenen Leistung an Zahlungsstatt bestrebt, für die geforderte Leistung in jeder Beziehung lediglich Ersatz zu schaffen. Sie opfern nicht eine Sache auf, um an deren Stelle eine anders gewertete zu erlangen, zwischen *debitum* und *aliud* besteht der Gegensatz von Tauschgütern nicht. Im Gegenteil; man nimmt die Veränderung des Solutionsobjectes nur mit in den Kauf, um unter vorteilhafteren Bedingungen, soweit immer möglich, dasselbe öconomische Resultat herbeizuführen, wie wenn erfüllt worden wäre. Der Umstand, welcher die onerose Natur des Vertrages bedingte, ist also weggefallen. Das Geschäft ist in den Augen der Contrahenten gleichsam nur noch eine durch Veränderung des Objectes erst ermöglichte oder doch erleichterte Erfüllung.

Nicht damit die Sache B. an Stelle der Sache A. trete, sondern damit dem Gläubiger der Wert der geschuldeten Sache A. (also materielle Befriedigung) überhaupt oder dann mit Vorteil verschafft werde, kommt die Hingabe an Zahlungsstatt von B. zu Stande.

Ihre wirtschaftliche Natur ist daher genau dieselbe wie diejenige der *solutio* im engeren Sinne; sie tilgt die Forderung direct durch materielle Befriedigung nach dem Satze des Paulus: *magis ad substantiam obligationis refertur, quam ad nummorum solutionem (l. 54 D. de sol. [46,3])*. Darum ist die *datio in solutum* der Erfüllung so nahe verwandt, ihr Surrogat; darum entsprach es den Bedürfnissen des Verkehrs, dass Marcian die für die *solutio* im engeren Sinne geltenden Rechtsregeln auf die *datio in solutum* ausdehnte.

Auch bei unserem Zahlungsgeschäfte galt es nicht mehr und nicht weniger als eine Leistung zu machen, welche den Gläubiger materiell zu befriedigen im Stande war. Gelang dies nicht, entsprach jene weder der geschuldeten, noch der

nachträglich mit der Erfüllungskraft begabten Leistung, so war der Zweck der *solutio* verfehlt. Hatte nämlich die Hingabe des *aliud* die Bestimmung, die Befriedigung des Gläubigers erst zu ermöglichen, so war sie offenbar für den Fall nicht gewollt, wo sie sich in Folge von Mängeln zur Erreichung ihres Zieles als ungeeignet erwies. Sollte das Erfüllungssurrogat die materielle Befriedigung durch Ersparnisse erleichtern, so war zur Bewirkung dieses Resultats wiederum die erste Grundbedingung eine Leistung, welche dem Gläubiger den geschuldeten Wert voll und ganz einbrachte. Denn sobald derselbe durch Mängel sich verminderte, war keine Ersparnis, sondern ein minderwertiger Erfolg herbeigeführt.

Bei derartigen Geschäften liefe die Analogie mit dem Kauf der Intention der Parteien direct zuwider; denn es wollte sich weder der Schuldner neu verpflichten, noch der Gläubiger seine Forderung ohne materielle Befriedigung aufgeben. Deswegen müsste der eine die Interesseklage, welche in Folge von Wertschwankungen von der ursprünglichen Schuld abwich, als einen unverdienten Gewinn, der andere dagegen als einen unberechtigten Verlust betrachten. Als eine unbillige Härte empfände es der Schuldner, wenn eine Naturalobligation, deren beabsichtigte Tilgung er nicht erreicht hatte, nach einer unwirksamen Erfüllungsleistung durch eine klagbare Obligation ersetzt würde. Ebenso aber dürfte sich der durch Pfänder und Bürgen gesicherte Gläubiger hüten, zu einem Geschäft seine Einwilligung zu geben, bei welchem für den Schuldner geradezu ein Interesse daran bestünde, eine fehlerhafte Sache zu leisten, weil dadurch die Forderung getilgt und also Pfänder und Bürgen frei würden, und man sich endlich durch eine blos scheinbare Befriedigung den Folgen der *mora* entzöge.

# Drittes Capitel.

## Das justinianische Recht.

### § 10.

Die Juristen und Kaiser, auf deren Aussprüche wir unsere Erörterungen über das vorjustinianische Recht gestützt haben, gingen von verschiedenen Auffassungen der *datio in solutum* aus und trafen in Folge dessen für die gleichen Rechtsfragen direct entgegengesetzte Entscheidungen. Es wäre zu erwarten gewesen, dass das *corpus juris* an Stelle jener beiden Theorien über die Leistung an Zahlungsstatt eine einzige setzen würde. Dadurch hätte man die juristische Natur des Geschäfts ein für alle Mal klar gestellt und gleichzeitig alle Zweifel über seine juristischen Voraussetzungen und Wirkungen abgeschnitten. Dies war selbst dann noch möglich, wenn man sich entschloss, die Auffassung MARCIAN's sowohl als diejenige ULPIAN's im Gesetz zu berücksichtigen; immer konnte man noch durch Interpretationen eine Vermittlung schaffen, die die alten Gegensätze ausglich.

Es war ja auch tatsächlich die Absicht JUSTINIAN's gewesen, allfällige, noch vorhandene Widersprüche innerhalb des römischen Rechts aufzuheben und der Kaiser glaubte dieses Ziel in vollkommener Weise erreicht zu haben, wie die *Constitutio*

*„Tanta“* zeigt. Allein wenn die Compilatoren sich über das Verhältnis der zwei sich ausschliessenden Theorien Rechenschaft gegeben und dasselbe neu hatten regeln wollen, so konnten die überlieferten Entscheidungen hinsichtlich der Evictionswirkungen der Leistung an Zahlungstatt nicht in der Fassung aufgenommen werden, welche den Widerspruch schon äusserlich zu Tage treten lässt. Wenn man eine Antinomie vermeiden wollte, so durfte das in l. 8 C cit. uns erhaltene Rescript DIOCLETIAN's beispielsweise nicht mehr eine vom Gesetz anerkannte Ansicht ausdrücklich ausschliessen.

Weit entfernt zu interpoliren, haben die Compilatoren sogar jene Begründungen mit aufgenommen, welche die alten Juristen ihren Entscheidungen beigefügt hatten. Der Gläubiger hat die *actio empti utilis*, heisst es in l 4. C. *de evict.* (8,44), weil die *datio in solutum* die Stelle des Kaufs vertritt; nach l. 46 D. *de sol.* (46,3) dagegen klagt er aus der ursprünglichen Obligation, weil er das *aliud* in Folge der Mängel überhaupt nicht an Zahlungsstatt angenommen hätte. Die Aufnahme solcher entgegengesetzter Erwägungen ins *corpus juris* zeigt, dass der Widerspruch zwischen den Entscheidungen seinen Grund hat in der Anerkennung beider Theorien über die juristische Natur der Leistung an Zahlungsstatt. Jener alte Gegensatz der Auffassungen zieht sich also auch in der Codification JUSTINIAN's durch die ganze Lehre unseres Rechtsgeschäfts.

Da dies indessen der ausgesprochenen Absicht des Verfassers der *Constitutio „Tanta“* zuwiderläuft, so muss in der Regelung unserer Materie ein Versehen stattgefunden haben. Anlass zu demselben boten die Aussprüche der alten Juristen und Kaiser nur zu leicht, und die Antinomie mochte um so weniger auffallen, als die sich ausschliessenden Stellen des Gesetzbuches in weiten Zwischenräumen von einander abliegen.

Dieses Ergebnis wird freilich von der heute herrschenden Doctrin[1]) angefochten. Sie glaubt der Annahme einer Antinomie aus dem Wege gehen zu können, indem sie dem Gläubiger ein Wahlrecht gewährt zwischen der *actio empti utilis* und der Geltendmachung der ursprünglichen Forderung.

Diese Ansicht hat Römer[2]) zuerst ausführlich zu begründen versucht. Indessen sind seine Argumente schon bei Besprechung der einzelnen Quellenstellen zurückgewiesen worden. Er geht, wie wir gesehen haben, von der irrigen Voraussetzung aus, dass zwischen den verschiedenen Entscheidungen weder ein innerer noch ein äusserer Widerspruch bestehe. Dies führt eigentlich zur Annahme einer cumulativen Klagenconcurrenz. Es gewährt denn auch schon Anton Faber, welcher einen ähnlichen Standpunkt in consequenterer Weise als die Neuern verteidigt, dem Gläubiger neben der ursprünglichen Schuldklage die *actio empti*, so weit der Kläger durch das erstere Rechtsmittel sein Interesse nicht voll und ganz ersetzt erhalten hatte (*„Si quid supra hanc summam ejus intersit rem habere licere)“*.

In der deutschen Litteratur[3]) ist jedoch die Erkenntnis allgemein durchgedrungen, dass die Schadensersatzklage Ulpian's

---

[1]) Auf die Ansicht der Glosse und ihrer Anhänger, welche behaupten, es bestünden nach den Quellen zwei Arten der *datio in solutum* practisch neben einander, wird hier nicht mehr weiter eingegangen; denn sie beruht auf der Annahme, es liege ein Kauf vor, wenn die Leistung an Zahlungsstatt auf eine Geldschuld erfolge, ein Tausch dagegen, wenn statt einer Speciessache eine andere gegeben werde. Diese sowohl, als die ähnlichen Theorien Schliemann's u. A. erklären die entgegengesetzten Entscheidungen nicht und stehen sogar in directem Widerspruch zu den Quellen, an deren Hand sie bereits oben widerlegt worden sind. Weiteres vgl. bei Römer, Leistung an Zahlungsstatt p. 41, 43, 46, 51.

[2]) A. a. O. p. 54. In der Hauptsache stimmt mit ihm überein Windscheid, Pand. § 342 n. 14.

[3]) Nicht so indessen die französischen Schriftsteller, welche von Pothier (Traité sur la vente, VIIe partie) herab bis heute gern die Lehre

nicht in dieser Weise aufgefasst werden darf, da dieselbe ein Aequivalent des *in solutum* gegebenen Gegenstandes sein soll[4]). Fast durchgängig werden nunmehr dem Gläubiger beide Ansprüche aus der Eviction alternativ zugestanden.

Diese elective Concurrenz stimmt dann aber wieder nicht mit dem Wortlaut der Quellen überein, welche die beiden Klagen ohne jede Einschränkung gewähren. Es steht diese Tatsache, namentlich auch den Ausführungen derer entgegen, welche die verschiedenen Auffassungen auseinander halten, im übrigen dennoch aber zum Wahlrecht der herrschenden Lehre stehen.

So begründet beispielsweise Bekker[5]) seine Ansicht mit der Bemerkung, man werde dem Gläubiger nicht verwehren können, bei seinen Ansprüchen die Auffassung zu Grunde zu legen, die ihm die vorteilhafteste dünke. Wer erhält hier nicht den Eindruck, dass es sich für die bekämpfte Lehre nicht sowol darum handle, die Bestimmungen des römischen Gesetzgebers klarzulegen, als vielmehr um die Schaffung eines practischen Auskunftsmittels zur Entscheidung des concreten Falls! Der Widerspruch wird zugestanden; aber man beseitigt ihn durch Aufstellung einer Art von *media sententia*. Dieselbe berücksichtigt beide römischen Ansichten, ist aber andererseits von einer jeden derselben verschieden.

Für eine solche Theorie müssen sich, wenn sie in den Quellen nirgends direct bestätigt ist, wenigstens andere positive

---

Faber's vertreten, ohne indessen neue Argumente beizubringen. Hierher gehört neuerdings A. Bisson, Dation en paiement (en droit romain et en droit français), Thèse pour le doctorat. Paris (1885) p. 63 ff.

[4]) Vgl. Römer a. a. O. p. 55, 56, 59.

[5]) A. a. O. p. 240. Eine ähnliche Ansicht vertritt Brinz, Pand. § 280 n. 12. Von jener dritten Auffassung, welche der letztere auf die l. 8 C. cit. (7,45) stützt, sehen wir im Folgenden ab, weil wir seiner Ausführung nicht beistimmen konnten; er gelangt auf Grund jener Stelle zu einem dreifachen Wahlrecht des Gläubigers.

Argumente anführen lassen, soll sie sich nicht als etwas ganz willkürliches darstellen. Warum, fragen wir nun, ist gerade der Gläubiger und nicht der Schuldner der bevorzugte Teil? Mit Recht durfte RÖMER[6]) gegen BEKKER einwenden, der, welcher sich auf eine der zwei möglichen Auffassungen stütze, müsse auch dartun, dass dieselbe der ursprünglichen Absicht der Parteien entspreche.

Einen Versuch, das Wahlrecht der herrschenden Doctrin aus den Quellen abzuleiten, finden wir einzig bei WITTE[7]). Dieser ist der Ansicht, es gehöre die *actio empti utilis* einer spätern Entwicklungsperiode an, welche mit dem veralteten Standpunkt MARCIAN's nicht brechen wollte. So habe man noch im justinianischen Recht dem Gläubiger die Wahl zwischen dem alten und dem neuern Rechtsmittel gelassen, wie man ja auch bei den Innominatcontracten das *jus poenitentiae* anerkannt habe, statt eine nicht mehr zeitgemässe Anschauung ganz aufzugeben.

Ohne dass wir ein allzu grosses Gewicht auf die wenigen Daten, die wir besitzen, legen möchten, ist hiergegen immerhin hervorzuheben, wie wenig WITTE's Hypothese zu denselben passt. Ein Beleg für die Zulassung der ursprünglichen Schuldklage aus der Zeit vor ULPIAN hat sich bis jetzt noch nicht finden lassen, wol aber vertritt GAJUS (im zweiten Jahrhundert nach Christus) die Analogie zwischen der Hingabe an Zahlungsstatt und dem Kauf (l. 5D. cit. 16,1). Ferner gab CARACALLA am Anfang des dritten Jahrhunderts dem Gläubiger die *actio empti* und am Ende desselben verwies ihn DIOCLETIAN auf die Geltendmachung der ursprünglichen Forderung, obschon er die Analogie anderer oneroser Geschäfte mit dem Kauf vollkommen billigte; vgl. z. B. l. 29 C. de evict. (8,44). Nun sollen aber

---

[6]) A. a. O. p. 51.

[7]) A. a. O. p. 487 ff.

nicht einmal die Compilatoren gewagt haben, mit einem veralteten Standpunkt zu brechen, nachdem dies schon 300 Jahre früher einzelnen Juristen gelungen war!

Auch die Fassung der l. 46 cit. lässt sich mit der bekämpften Ansicht nicht vereinbaren. Eine Vorschrift des alten strengen Rechts, welche der Gesetzgeber nicht fallen zu lassen wagte, wird nicht auf die Intention der Parteien zurückgeführt werden, wie dies in der citirten Stelle tatsächlich geschieht.

Der Hinweis auf das Reurecht beim Tausch kann die Witte'sche Hypothese gewiss nicht wahrscheinlicher machen. Er zeigt im Gegenteil, wie die Compilatoren vorzugehen pflegten, wenn sie zwischen zwei entgegengesetzten Auffassungen vermittelten. Bei den Innominatcontracten ist das erwähnte Wahlrecht zu wiederholten Malen durch das Gesetz ausdrücklich statuirt worden. Von den Stellen dagegen, welche die Wirkungen der mangelhaften Leistung an Zahlungsstatt behandeln, enthält bekanntlich keine einzige auch nur die leiseste Andeutung eines *jus alternativum* des Gläubigers. Wohl aber wird dieses durch l. 8 C. de sent. et interl. (7,45) direct ausgeschlossen, und wer also zur herrschenden Ansicht steht, um den offenen Widerspruch im *corpus juris* nicht eingestehen zu müssen, der entgeht in Folge des Rescripts Diocletian's einem solchen dennoch nicht. Die Annahme einer Antinomie widerspricht zwar der *Constitutio „Tanta"*, Witte aber und die andern Vertreter der herrschenden Doctrin den speciellen Ausführungen des Gesetzes über unsere Materie.

Die ganze Parallele mit dem Tausch beruht übrigens auf der irrtümlichen Voraussetzung, dass auch die *datio in solutum* notwendig ein oneroser Vertrag sei, während doch eine andere Auffassung schon an sich eben so gut berechtigt ist.

In theoretischer Hinsicht unzulänglich ist das Wahlrecht aber auch im übrigen und zwar ganz besonders gegenüber den

Bedürfnissen des Verkehrs von zweifelhaftem Wert. Es ist daher um so sonderbarer, wenn selbst FABER seine unerweisliche Ansicht auf jene Bedürfnisse zurückzuführen bemüht ist, und wenn auch Vertreter der heute herrschenden Doctrin sich auf die Anforderungen der Billigkeit berufen, als ob das römische Recht, so wie sie es darstellen, das „absolut richtige getroffen habe“ [8]). So weit geht nun zwar WITTE [9]) nicht; doch findet auch nach ihm die Einführung der *actio empti* „ihre Rechtfertigung darin, dass eine Benachteiligung einer der Parteien zum Vorteil der andern unter den gegebenen Verhältnissen durchaus unbillig sein würde“. Sehen wir einmal näher zu, wie weit diesem Grundsatz Rechnung getragen wird!

Wir haben darzutun versucht, dass sowol MARCIAN als ULPIAN die Interessen von Gläubiger und Schuldner gleichmässig und unparteiisch in Schutz genommen haben. Die Combination der beiden Auffassungen dagegen fällt notwendig zum Nutzen der einen und zum Schaden der andern Partei aus und beobachtet daher den Grundsatz WITTE's nicht mehr. Sie anerkennt die den Verkehrsbedürfnissen entsprungenen Principien der classischen Juristen nur in so weit, als sie den Interessen einer bestimmten Partei dienen und tritt dadurch mit der Tendenz jeder der beiden Auffassungen in Widerspruch. Hätte dies dem Billigkeitsgefühl der Compilatoren entsprochen, so wäre ein derartiges Wahlrecht doch wol in erster Linie bei der *solutio* im engeren Sinne statuirt worden, wo die Härten gegen den Schuldner noch nicht in so schroffer Weise zu Tage getreten wären, wie dies bei der *datio in solutum* der Fall sein kann in Folge der Wertschwankungen zweier verschiedener Güter.

---

[8]) RÖMER a. a. O. Vorwort p. IV.

[9]) A. a. O. p. 485.

Niemand wird billig finden, dass der Gläubiger nachträglich noch entscheiden dürfe, ob die mangelhafte Leistung die Schuld getilgt habe und in Folge dessen der Schuldner dieselbe condiciren könne oder nicht. Denn dadurch wird dem Gläubiger einerseits das *commodum* der evincirten Sache eingeräumt, indem derselbe, wenn das Object im Werte stieg, sein volles Evictionsinteresse ersetzt verlangen darf, während andererseits der Schuldner das *periculum* dieser selben Sache trägt, da er ja immer auf den Betrag der ursprünglichen Obligation haftet, wenn ein *casus* die Sache verschlechterte oder vernichtete. War die Forderung, welche es zu tilgen galt, nicht klagbar, weil sie z. B. noch nicht fällig oder eine *obligatio naturalis* war, so steht an deren Stelle dem Gläubiger wegen der mangelhaften Leistung ein klagbarer Anspruch zu. War jene Forderung umgekehrt klagbar und durch Pfänder und Bürgen gesichert, so kann nun auf Grund des Wahlrechts auf jene zurückgegriffen werden, eventuell kommt der Schuldner ausserdem noch in Verzug. In der Hand des Gläubigers kann es endlich liegen, ob gegen den Debitor oder gegen den Dritten, welcher an Stelle des Schuldners erfüllt hat, vorgegangen werde.

Die dadurch hervorgerufene Unsicherheit der haftenden Schuldner, Pfänder und Bürgen wird noch erhöht dadurch, dass es zur Ausübung jenes Rechts des Gläubigers nicht blos etwa einer Totaleviction der Leistung bedarf, sondern dasselbe vielmehr geltend gemacht werden kann, sobald auch nur ein teilweiser juristischer Mangel der Leistung zu Tage getreten und wo immer derselben auch blos *edicta* und *promissa* fehlen. Hierdurch erhält das Wahlrecht der herrschenden Doctrin eine Bedeutung, welche selbst dem Reurecht beim Tausch nicht zukommt. Die Billigkeitsrücksichten andererseits, welche dieses letztere rechtfertigen können, lassen sich nicht anführen zu Gunsten jener electiven Klagenconcurrenz aus der *datio in solutum*. Bei den Innominatcontracten sind sich beide Par-

teien gleichgestellt, da eine jede eventuell in den Fall kommen kann, das Wahlrecht auszuüben. Bei dem Erfüllungssurrogat, einem einseitigen Geschäft, stehen sich Gläubiger und Schuldner in verschiedener rechtlicher Stellung gegenüber. Deshalb muss die bekämpfte Ansicht definitiv für den Gläubiger gegen den Schuldner oder umgekehrt für diesen gegen jenen Partei ergreifen; und wie bereits bemerkt, sind bis jetzt Gründe nicht beigebracht worden, warum der Entscheid zu Gunsten des erstern gefallen, warum er den Vorteil von dem Widerspruch in den Quellen allein davon tragen soll. Jedenfalls rechtfertigt sich dies nicht wie beim Tausch, wo dem Vorleistenden eine bevorzugte Stellung eingeräumt ist, weil er immer eine gewisse Gefahr läuft, für das Hingegebene kein Aequivalent zu erlangen. Von einem ähnlichen Gesichtspunkte aus betrachtet das römische Recht die Lage des Gläubigers nicht; im Gegenteil entscheidet es sich im Zweifel eher zu Gunsten des Schuldners.

Ganz besonders widerspricht die heutige Doctrin der Tendenz, welche in der Gesetzgebung JUSTINIAN's sich bemerkbar macht, den Schuldner gegen Gläubiger, den Armen gegen den Reichen in Schutz zu nehmen. Dieser selbe Kaiser soll nun bei der *datio in solutum* den Schuldner weit schlechter gestellt haben als die classische Jurisprudenz und soll dessen doppelte Haftung sogar auf das *beneficium dationis in solutum* ausgedehnt haben, das er zum Schutze der „unglücklichen Debitoren" angeordnet hatte [10].)

Trotz der gewichtigen Stimmen, welche sich für das Wahlrecht des Gläubigers ausgesprochen haben, verhindern uns daher die geäusserten Bedenken, dieser Theorie beizutreten, so lange dafür keine positiven Argumente beigebracht werden können.

---

[10]) Vgl. RÖMER a. a. O. p. 174.

Ist aber die herrschende Lehre nicht haltbar, so besteht nur noch die letzte Möglichkeit, dass in den beiden Gruppen von Stellen das in *dubio* geltende Recht in entgegengesetztem Sinne geordnet worden ist. Dieses aber führt zur Annahme einer Antinomie.

Es erhebt sich in Folge dessen die Frage, ob es Aussprüche gebe, denen aus äussern oder innern Gründen der Vorrang gebühre.

Aeussere Rücksichten bieten hier keinerlei Anhaltspunkte für eine Entscheidung im einen oder andern Sinne. Zwar könnten sie in den Pandecten den Ausschlag geben zu Gunsten der Theorie MARCIAN's, da dort in der *sedes materiæ*, dem Titel *de sol.* (46,3) die *datio in solutum* ausschliesslich nach Analogie der Zahlung behandelt wird (vgl. l. 46 und l. 60.) Allein andererseits fällt in's Gewicht, dass die Stellen, welche die Hingabe an Zahlungsstatt als onerosen Vertrag auffassen, zahlreicher sind, und eine derselben sich im Titel *de evict.* (8,44) des Codex, also ebenfalls in einer *sedes materiæ* befindet.

Die wenigen Schriftsteller, welche eine Antinomie annehmen, stellen denn auch alle ihre Entscheidungen zu Gunsten der einen oder andern Ansicht auf innere Gründe ab. Besonders verdient hier DERNBURG [11]) genannt zu werden. Er gibt der Auffasung ULPIAN's den Vorzug, weil die Parteien im Zweifel eine definitive Ersetzung des Schuldobjects beabsichtigten. Wir hoffen nun aber gezeigt zu haben, dass eine so allgemein gefasste Behauptung niemals auf volle Richtigkeit Anspruch machen kann. Man dürfte überhaupt auf diesem Wege schon deshalb zu keiner befriedigenden Lösung des Problems gelangen, weil die Parteiintention, welche durch das Gesetz im Zweifel geschützt werden soll, gerade derjenige Factor ist, den wir bei unserer Aufgabe als unbekannt voraussetzen müssen.

---

[11]) Pand. (2. Aufl.) Bd. II § 58 n. 6. Pfandrecht, Bd. II. p. 246.

Andere haben versucht, den Gegensatz der beiden Juristenmeinungen mit jener alten Controverse zwischen den Sabinianern und Proculianern in Zusammenhang zu bringen, welche sich darüber stritten, ob die *datio in solutum ope exceptionis* oder *ipso jure* wirke. So gewann man allerdings etwelchen positiven Anhalt. Diese Ansicht deutet beispielsweise Windscheid [12]) an, ferner wird sie in der französischen Literatur [13]) aufgestellt. Zur Unterstützung derselben führt dann Endemann [14]) weiter aus, dass eine ältere, verkehrsarme Zeit einen Kauf unterstellen musste, um nur die Schuldtilgung erklären zu können, während man dieses Mittels zur juristischen Construction in der Verkehrswirtschaft, wo alle Güter Geldwert erlangt hatten, nicht weiter bedurfte und die Analogie mit dem Kauf daher fallen gelassen wurde. So gelangt er zur Annahme der Ansicht Marcian's für das justinianische Recht, gleichwie sich dieses auch in der Schulstreitfrage zu Gunsten der Analogie von *datio in solutum* und *solutio* ausgesprochen hat.

Die Prämissen von denen hier ausgegangen wird, sind jedoch völlig unerwiesene Behauptungen. Die Parallele mit dem Kauf, aus der Ulpian so tiefgreifende Consequenzen zieht, hatte sicher eine wichtigere Bestimmung, als blos eine Construction zu ermöglichen. Beziehungen zwischen der Art der Schuldtilgung und der dargelegten juristischen Natur des Geschäfts sind weder nachweisbar noch verständlich, man müsste denn die *datio in solutum quae vicem venditionis obtinet* in einen Kauf mit verbundener Compensation zerlegen, was quellenwidrig wäre. Es scheint überhaupt der Streit über die Evictionswirkungen etc. einer Zeit anzugehören, in welcher der Schulgegensatz bereits überwunden war. Endemann selbst verfolgt seinen geistreichen Gedanken in den neuern Auflagen seines Werkes nicht mehr.

---

[12]) Pand. § 342 Nr. 10.

[13]) Vgl. Demangeat, Cours de droit romain. Paris (1874), p. 494.

[14]) Handelsrecht, 2. Aufl., p. 269 n. 19.

Der Widerspruch im justinianischen Gesetzbuch ist hiernach ein vollständiger und lässt sich auch aus wirtschaftlichen oder rechtshistorischen Erwägungen nicht erklären. In Folge dessen heben sich die sämmtlichen Stellen gegenseitig auf und die Streitfrage ist aus der Natur der Sache zu entscheiden.

Welche Rechte die Parteien auf Grund einer mangelhaften *datio in solutum* geltend machen können, bestimmt sich jetzt nach dem Satze, dass der Kläger seinen Anspruch *prima facie* zu begründen hat. Hiernach muss der Gläubiger, welcher die *actio empti utilis* anstellt, deren Fundament, d. h. den Abschluss einer onerosen auf Umsatz gerichteten *datio in solutum* beweisen, während er bei Anstellung der ursprünglichen Schuldklage blos die Existenz einer klagbaren Forderung darzutun braucht. Ebenso wird der Schuldner, welcher sich auf seine Liberirung in Folge einer mit Mängeln behafteten Hingabe an Zahlungsstatt beruft, zu dem Nachweis angehalten werden können, dass nach der Intention der Parteien die Leistung auf definitive Ersetzung des Schuldobjects gerichtet war und in Folge dessen die Schuld trotz der Eviction und trotz der fehlenden *dicta* und *promissa* getilgt werden sollte.

Die Anwendung der allgemeinen Grundsätze führt mithin im Zweifel zur Anerkennung der von Marcian statuirten Wirkungen der mangelhaften Leistung an Zahlungsstatt.

Auf Grund einer ähnlichen Argumentation wird man auch andere Fragen, welche in Folge der beiden Auffassungen der *datio in solutum* (man denke an die Anfechtbarkeit des Geschäfts mittelst der *actio Pauliana)* eine verschiedene Beantwortung erfahren, entscheiden können. Ueberall zeigt es sich da, dass die Regeln, welche sich aus der Theorie Marcian's ergeben, in *dubio* Platz greifen müssen.

# Anhang.

## Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich

hat die juristischen Wirkungen der mangelhaften Leistung an Zahlungsstatt neu geregelt. Im § 265 werden die für die Veräusserungsgeschäfte geltenden Grundsätze bezüglich der Gewährleistung für Mängel auf unser Solutionsgeschäft ausgedehnt, entsprechend der Ansicht ULPIAN's. Vielleicht sind diese Bestimmungen unter dem Einfluss der DERNBURG'schen Ausführungen getroffen worden. Denn wie dieser Autor, so vertreten auch die Motive die Ansicht, dass nur die Interesseklage der Parteiintention entspreche.

*De lege ferenda* verdient nun aber die der Erfüllung analoge Behandlung der Leistung an Zahlungsstatt wenigstens in Erwägung gezogen zu werden. Ja man darf unseres Erachtens sogar die von MARCIAN unterstellte Auffassung als die im practischen Leben häufigere bezeichnen und aus diesem Grunde dürfte sie dann auch den Bedürfnissen des Verkehrs am ehesten entsprechen. Denn eine auf Umsatz gerichtete *datio in solutum* lässt sich durch einen Kauf mit verbundener Compensation ersetzen, ein gewiss nicht selten vorkommender Fall. Der einzige Nachteil, welcher hiermit verbunden ist, nämlich die Unstatthaftigkeit der *condictio indebiti* in Folge des Irrtums über die Existenz der Schuld, ist ein Umstand, der für die Parteien i. d. R. ausser Betracht fällt. Je häufiger aber der Kauf die *datio in solutum* ersetzt, desto mehr verliert die Theorie ULPIAN's an practischer Bedeutung, desto eher kann man ihre gesetzliche Sanction entbehren, desto mehr muss sie daher zurücktreten gegenüber derjenigen MARCIAN's.

Von dieser letztern gilt das gerade Gegenteil des soeben Bemerkten. Die Hingabe an Zahlungsstatt in MARCIAN's Sinne lässt sich weder durch einen Kauf noch anderswie ersetzen, ohne dass dadurch die Interessen beider Parteien ernstlich gefährdet werden. Um deswillen ist sie im Leben nicht nur die häufigere Art der *datio in solutum,* sondern ihre Anerkennung durch das Gesetz macht sich auch sonst in hohem Masse als Bedürfnis des Verkehrs geltend. Bei der aus Not vorgenommenen Hingabe ist es einerseits die Insolvenz des Schuldners, welche es zu vermeiden gilt, andererseits die materielle Befriedigung des Gläubigers, welche gesichert bleiben soll. Bei dem auf Ersparnis gerichteten Erfüllungssurrogat sollen unnötige Arbeit und Unkosten vermieden werden.

Dies sind Ziele, welche sich anders nicht zweckmässig erreichen lassen, als in der von MARCIAN vorgezeichneten Art und Weise. Sie haben aber für den Verkehr eine eminente Bedeutung und dürften daher auch vom rechtspolitischen Standpunkt aus vor andern der Förderung seitens des Gesetzgebers würdig erscheinen.

# Inhalt.


**Einleitung.**

Seite

§ 1. Abgrenzung des Begriffs der Leistung an Zahlungsstatt . 3

**Erstes Capitel. Die Theorie Ulpian's.**

§ 2. 1. Die juristische Auffassung der Leistung an Zahlungsstatt 15
§ 3. 2. Die juristischen Mängel . . . . . 20
§ 4. 3. Die Mängel der körperlichen Beschaffenheit . . . 25
§ 5. 4. Wirtschaftliche Grundlage . . . . . 27

**Zweites Capitel. Die Theorie Marcian's.**

§ 6. 1. Die juristische Auffassung der Leistung an Zahlungsstatt 35
§ 7. 2. Die juristischen Mängel . . . . . 39
§ 8. 3. Die Mängel der körperlichen Beschaffenheit . . . 50
§ 9. 4. Wirtschaftliche Grundlage . . . . . 55

§ 10. **Drittes Capitel. Das justinianische Recht** . . 60

**Anhang.**

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich . . . . . 72